

**UNIVERSIDAD DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**TESIS DOCTORAL**

**El Código penal tipo para Hispanoamérica : proceso  
formativo y estudio crítico**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

**Francisco Grisolia**

**Madrid, 2015**

Rd. 54.302

FRANCISCO GRISOLIA

TE 106

# EL CODIGO PENAL TIPO PARA HISPANOAMERICA

PROCESO FORMATIVO Y ESTUDIO CRITICO

Tesis para optar al Grado de Doctor en Derecho  
por la Universidad Central de Madrid

MADRID, 1967



BIBLIOTECA  
DE DERECHO

## PREFACIO

Han sido motivos determinantes para elegir el tema de la presente tesis la indiscutible proyección científica y unificadora que reviste la iniciativa del Código Penal Tipo para Latinoamérica y la estrecha vinculación que por el cargo de subsecretario de la Comisión Redactora, nos une a esta tarea desde sus primeros orígenes. Además, por la fecunda presencia en los países de América de la tradición jurídica y de la ciencia penal españolas, una de las tantas manifestaciones de nuestra comunidad espiritual, creemos hacer una labor de auténtico y efectivo hispanoamericanismo. Este es, al menos, el pensamiento que ha estimulado nuestro modesto esfuerzo.

La primera parte está destinada a exponer el proceso formativo del proyecto, desde sus orígenes hasta la última Reunión Plenaria celebrada en Lima en 1967. Se examinan las gestiones y documentos de trabajo preliminares que formaron la base de la reunión constituyente de Santiago (1963); lo acordado en esa oportunidad, singularmente la Declaración de Principios y el Estatuto Orgánico de la Comisión Redactora; la plenaria de México (1965), con sus importantes resultados en lo que se refiere al considerable número de textos aprobados y, por fin, la reunión de Lima en la que se lograron muy

significativos progresos. Asimismo, se estudian las líneas fundamentales en que descansa la estructura orgánica y funcional de la entidad encargada de llevar a término el proyecto.

La segunda parte se consagra al estudio crítico de aquellos preceptos que, en general, fueron aprobados en la Reunión Plenaria de México. De este modo se analizan los textos sobre ley penal; tiempo, lugar y forma del hecho punible; causas de justificación e imputabilidad. Los textos acordados en Lima (culpabilidad, autoría y participación, reincidencia, tentativa, penas y medidas de seguridad) no son, salvo contadas excepciones, considerados. Ello se debe a que hasta la fecha todavía no se encuentran disponibles las actas en su versión íntegra de los debates de la III Reunión, lo que nos impide contar con un material absolutamente indispensable para cumplir la rigurosa pauta a que hemos sometido nuestra investigación. En efecto, las principales fuentes de este trabajo son, aparte de los propios textos, las ponencias originales de las comisiones, su fundamentación y las discusiones plenarias que reflejan el verdadero alcance y sentido de cada precepto. Las citas de autores sólo se utilizan con limitados propósitos de ilustrar o apoyar algún aspecto doctrinario o de derecho comparado muy concreto, motivos que explican su notoria y selectiva discontinuidad. La "Bibliografía" que se reseña en el Anexo I representa la literatura consagrada exclusivamente al Código Penal Tipo.

La tesis se cierra con un capítulo en que se agrupan las conclusiones que hemos inferido del análisis practicado.



Por último, nos hacemos un grato deber en testino -  
niar nuestra gratitud a los catedráticos de esta Facul -  
tad Excno. Sr. Don Federico CASTEJON, pues en su curso  
monográfico de doctorado sobre los códigos penales tipo  
o únicos (1966-67) germinaron y empezaron a tomar forma  
las páginas que siguen y Excno. Sr. Don Juan DEL ROSAL,  
bajo cuya docta y bondadosa dirección ha sido elaborada  
esta tesis.

En Santiago de Chile, a 24 de Septiembre de 1967.

## I N D I C E

Pag.

### P r i m e r a P a r t e

#### E L P R O C E S O F O R M A T I V O

Cap. I	- ANTECEDENTES.	2
	1.- La iniciativa. 2.- Su justificación. 3.- Las líneas de acción fundamentales.	
Cap. II	- LA REUNION DE SANTIAGO.	7
	4.- Convocatoria. 5.- Plan y documen - tos de trabajo. 6.- Asistentes. 7.- Resultados. 8.- La Declaración de Prin - cipios.	
Cap. III	- LA COMISION REDACTORA DEL CODIGO PENAL TIPO.	19
	9.- El Secretariado Ejecutivo. 10.- La Comisión de Trabajo. 11.- La Reunión Plenaria. 12.- Modo operacional. 13.- La distribución de tenas y vistazo crí - tico a la labor cumplida por las dife - rentes Comisiones de Trabajo.	
Cap. IV	- LA REUNION PLENARIA DE MEXICO	27
	14.- Convocatoria. 15.- Asistentes. 16.- Agenda de trabajo. 17.- Resulta - dos.	

Cap. V - LA REUNION PLENARIA DE LIMA 31

18.- Convocatoria. 19.- Labor de las C. de T. en el lapso intermedio. 20.- Temario. 21.- Participantes. 22.- La próxima Reunión Plenaria y nueva distribución de materias (PE).

S e g u n d a P a r t e

E S T U D I O C R I T I C O

Cap.VI - LA LEY PENAL. 38

23.- La clasificación sistemática de la Parte General. 24.- Aplicación de la Ley Penal en el espacio, en el tiempo y respecto de las personas. 25.- El problema de las reglas relativas a la interpretación de la ley. 26.- Nuestra opinión.

Cap.VII - EL HECHO PUNIBLE. 48

27.- La ponencia de Río de Janeiro. 28.- Cuestión terminológica. 29.- Conveniencia de definir el delito. 30.- Relación de causalidad. 31.- Tiempo y lugar del delito. 32.- La comisión por omisión: fórmula de la ponencia. 33.- Posición contraria. 34.- Planteamiento general sobre los delitos de omisión impropios. 35.- Perspectiva de lege ferenda. 36.- El deber de garantía y la fórmula legal aprobada.

Cap.VIII - CAUSAS DE JUSTIFICACION. 68

37.- Cuestiones de terminología y sistemática. 38.- El cumplimiento de un deber legal y el ejercicio legítimo de un derecho. 39.- El Estado de Necesidad. 40.- La Legítima Defensa. 41.- El exceso. 42.- El consentimiento del ofendido: criterio negativo de la CR. 43.- La obediencia jerárquica; remisión.

	Pag
Cap. IX - LA IMPUTABILIDAD.	92
44.- Planteamiento general. 45.- Polé - mica sobre la mayor o menor amplitud de la fórmula. 46.- Nuestra opinión. 47.- Las acciones libres en su causa. 48.-La minoridad penal. 49.- La imputabilidad disminuida: opinión en contrario. 50.- La culpabilidad; remisión.	
Cap. X - CONCLUSIONES	109
NOTAS	120

## A N E X O S

I. - Bibliografía (i). II.- Declaración de Princi-  
pios (iv). III.- Estatuto de la Comisión Redacto-  
ra del CPT (vi). IV.- Comisiones de Trabajo (ix).  
V.- Textos aprobados (xii).

## PRINCIPALES ABREVIATURAS USADAS

CPT	Código Penal Tipo para Latinoamérica.
C. de T.	Comisión de Trabajo.
CC	Código Civil.
CP	Código Penal.
CPF	Código de Procedimiento Penal.
CR	Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica.
DP	Declaración de Principios. (del CPT).
ICP	Instituto de Ciencias Penales de Chile.
PG	Parte General (del CPT).
PE	Parte Especial (del CPT).
RP	Reunión Plenaria.
RS	Primera Reunión Plenaria de la CR del CPT, Santiago, 1963.
RM	Segunda Reunión Plenaria de la CR del CPT, México, 1965.
RL	Tercera Reunión Plenaria de la CR del CPT, Lima, 1967.
RCP	Revista de Ciencias Penales (Chile).
SE	Secretariado Ejecutivo de la CR del CPT.
Sec. Ej.	Secretario Ejecutivo de la CR del CPT.

Primera Parte

EL PROCESO FORMATIVO

## Capítulo I

### ANTECEDENTES

1.- La iniciativa. 2.- Su justificación. 3.- Las líneas de acción fundamentales.

1. La idea de redactar un Proyecto de Código Penal para Iberoamérica, como una tarea a cargo de un organismo exclusivamente científico y privado, nació en el seno del Instituto de Ciencias Penales de Chile y, más concretamente, se debe a su Presidente, Profesor Eduardo NOVOA MONREAL

Esta idea responde a un anhelo común de integración universal que alienta en todos los pueblos del orbe y del que no pueden permanecer ajenas las formas jurídicas, cuya unificación básica es una vía indispensable para lograr que plasme todo intento de integración en los diversos planos de la actividad humana en que ella es deseada y para que, después, pueda funcionar adecuadamente. Es decir, no se trata solamente de que por medio de instrumentos jurídicos eficaces (tratados, convenios multilaterales, etc.) se logre un determinado régimen de integración económica, cultural o de cualquier otra índole, sino que una legislación previamente uniformada posibilita y da expresión real a la acción mancomunada en un nivel interestatal de cuya apremiante necesidad existe hoy la

más plena conciencia. (1)

Por lo demás, la impositividad de reglas comunes en todos aquellos dominios en que el hombre ha debido realizar una actividad que traspasa las fronteras de los territorios nacionales, se ha hecho presente siempre de una manera inexorable. Ocurrió con el comercio marítimo y con las comunicaciones postales; luego con la aeronavegación y las telecomunicaciones. Hoy se proyecta en múltiples direcciones. De modo, pues, que la legislación penal -suprema norma tutelar de una pacífica convivencia- no puede quedar al margen de este movimiento que define la impronta de nuestro más inmediato porvenir. Así lo han entendido los ilustres juristas que promovieron el tema de un Código Penal Modelo para regir en numerosas naciones en el IX Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, celebrado en La Haya en 1964. (2) Con ello se quiere dar un paso decisivo hacia la integración en el ámbito de las leyes penales, que ya cuenta con ciertos fundamentos institucionales en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración de los Derechos del Hombre y que no puede seguir limitándose a simples acuerdos de asistencia recíproca (convenios sobre extradición; trata de blancas; tráfico de estupefacientes; Interpol, etc.).

El mérito del ICP y de su Presidente no se agota con el hecho de haber sabido hacerse eco oportuno de un deseo de tan viva actualidad. Aunque dentro de límites geográficos más restringidos -los países "latinoamericanos"- han sabido tomar la iniciativa de una acción en pos de la realización concreta de ese deseo. El ejemplo y la experiencia de una labor hasta ahora sorprendentemente fructífera son de un valor inestimable y han traspasado los límites del ámbito Iberoamericano, como lo demuestra la resonancia internacional que han provocado. (3)

2. La iniciativa descansaba sobre bases sólidas y plausibles: "La comunidad de origen, de territorio, de cultura, de lengua, de tradiciones y de aspiraciones,



hace que entre los países iberoamericanos, se vaya produciendo un acelerado estrechamiento de vínculos que van de lo económico hasta lo cultural y lo político. Nunca como ahora ha existido mayor comprensión en todos los ambientes para el anhelo, de tan antiguo enunciado por muchos visionarios, de llegar algún día a una unificación de todos estos países bajo un régimen, que respetando las individualidades nacionales o características regionales, les permita presentarse cohesionados ante un mundo que tiende al fortalecimiento de los lazos internacionales, como medio de adelantar por la senda del progreso humano y de la paz entre los hombres." (4)

Además, se justificaba que fuera por la legislación penal por donde se iniciara la tarea de unificación, pues es la rama del Derecho donde es más urgente y posible. "Urgente, porque la defensa social en contra de los más graves atentados que lesionan o ponen en peligro valores jurídicos primordiales para la vida pacífica de las naciones y de los individuos, ha de ser mirada como una tarea de apremiante interés común para los países del continente; especialmente en época como la actual, en que la facilidad de comunicaciones hace posible que los delincuentes extiendan la esfera de su ilícita actividad a más de un país. Posible, porque precisamente la gravedad de los hechos antijurídicos que las leyes penales reprimen y la entidad de los valores culturales y jurídicos protegidos por ellas, conducen a que haya una inegable similitud entre los tipos delictivos y preceptos generales vigentes en los diversos países latinoamericanos, que simplifican el proceso de una unificación de ellos." (5)

3. De todos modos, la tarea se presentaba como en extremo difícil. Los obstáculos abarcaban una amplia gama que iba desde la aceptación misma de la idea, hasta los problemas sobre métodos de trabajo, organización y recursos financieros. Para encarar esta problemática base, se concibió una reunión de penalistas iberoamericanos

que en funciones de verdadera Asamblea Constituyente (6) se pronunciara sobre la procedencia y factibilidad de un proyecto semejante y, supuestamente resuelto este punto previo, le diera el impulso inicial definiendo los métodos y plan de trabajo y regulando la estructura orgánica de la entidad que debería hacerse cargo de la labor.

Sobre este último aspecto es preciso insistir en que esa entidad era concebida de acuerdo con la propia naturaleza del Instituto de Ciencias Penales de Chile, esto es, como un organismo científico, privado y autónomo que gozara de una absoluta independencia frente a cualquier organismo nacional o internacional y libre de la influencia de todo grupo de presión. Ello no importaba, por supuesto, renunciar al apoyo financiero o de otra clase que pudieran acordar los gobiernos, las universidades u otros organismos, ni que la pretensión de esta labor exclusivamente científica no fuera eminentemente práctica: llegar a ser, gracias a la autoridad de que estaría revestido el código proyectado, un modelo para las futuras leyes positivas sancionadas por cada Estado soberano.

De acuerdo con este pensamiento, y una vez obtenidos el apoyo del Gobierno chileno y los recursos indispensables a los que proveyó este mismo Gobierno en un gesto de amplia comprensión que le honra, se difundió la iniciativa por medio de un documento suscrito por el Prof. NOVoa que se cursó a distinguidos especialistas de Iberoamérica y a algunos españoles. El propósito era, junto con dar a conocer el proyecto, obtener un avance de opiniones sobre el tema y poder formar la lista de profesores que serían invitados a Santiago en el muy claro entendido que el criterio selectivo que gobernaría su confección sería el del prestigio y solvencia científica, dentro de una cierta proporcionalidad representativa y con el límite numérico que imponía la modestia de los recursos disponibles.

La iniciativa mereció la acogida favorable de todos los especialistas consultados y, con ello, se completaban las condiciones que allanaban el camino para una convocatoria.

## Capítulo II

### LA REUNION DE SANTIAGO

4.- Convocatoria. 5.- Plan y documentos de trabajo.  
6.- Asistentes. 7.- Resultados. 8.- La Declaración de Principios.

4. La Reunión Plenaria de Santiago de Chile fue convocada para los días 4 al 16 de Noviembre de 1963 por invitación nominal cursada a un representativo grupo de penalistas iberoamericanos que completaba el número de invitaciones que permitía atender la cuantía de los fondos disponibles. Dicha invitación comprendía todos los gastos de viaje y permanencia en Santiago durante los días del torneo. De los profesores invitados algunos, por diversos motivos, no pudieron concurrir; en cambio, se contó con algunos otros, según la nómina que se relaciona un poco más adelante.

Los fundamentos de la convocatoria reposaban en las ideas -previamente compartidas en sus líneas esenciales- expuestas en la carta del Presidente NOVOA, ya citada. Además, se acompañaba un plan y documentos preparatorios de trabajo elaborados por el ICP y ofrecidos por éste como una primera contribución para la puesta en marcha de la iniciativa.

5. En efecto, el ICP estimó que era indispensable a fin de asegurar resultados positivos, presentar a la Reunión un plan de trabajo, provisorio pero concreto, llamado a servir de base para las deliberaciones.

Dicho plan de trabajo aspiraba, pues, a servir de temario inicial y, al propio tiempo, dar a conocer a los penalistas las ideas matrices que animaban el proyecto. Tocaba por cierto, a los concurrentes adoptar las resoluciones de fondo y de método que estimasen adecuadas, pero el ICP cumplía, tal como lo manifestaba en la introducción del Documento, con su papel de organizador, presentando un plan, "que no es sino una mera sugestión para los penalistas que concurrirán, pero que da motivo para que, desde antes de la reunión, se intercambien ideas entre ellos y con el Instituto, como un medio de disipar incomprensiones, de encauzar discrepancias y, si fuera posible, de facilitar acuerdos sobre puntos determinados".  
(7)

Las bases del plan preparado por el Instituto se inspiraban en las siguientes premisas: a) la firme esperanza de que el primer resultado concreto de la Reunión será un acuerdo acerca del Código Penal Tipo (CPT) como modelo legislativo practicable, determinándose su índole y alcance; b) no siendo posible ni deseable un código penal completo y único para todos los países de Iberoamérica, el CPT debe limitarse a aquellas normas penales básicas que puedan ser aplicadas, en el día de hoy, a estos países, sin descartar la posibilidad de que una futura evolución ensanche progresivamente el área de los preceptos comunes; c) la índole compleja que ofrece la elaboración de un texto penal extenso impone la necesidad de disponer del tiempo suficiente para que por un intercambio profundo, reposado y ampliamente difundido de ideas tanto de orden puramente técnico jurídico como de realidad criminológica, se llegue a la maduración de los textos que deban formar el código prototipo; y d) el proyecto

de CPT no puede afiliarse a una determinada doctrina o escuela, pues por su finalidad eminentemente práctica necesita contar con una aceptación amplia; deben, pues, buscarse todas aquellas coincidencias que hagan posible el acuerdo alrededor de principios legislativos fundamentales.

El Plan de trabajo se dividió en dos partes. En la primera se planteaba el concepto de un CPT y su posibilidad. En la segunda, el método de trabajo.

El concepto y posibilidad de un CPT era, obviamente, la cuestión fundamental y previa que debía resolverse, pues sólo un consenso sobre ella podía justificar seguir examinando los demás asuntos propuestos. Anticipaba el ICP su posición favorable respecto de la viabilidad del proyecto, pero, al mismo tiempo, se cuidaba de señalar sus necesarias limitaciones y alternativas: partes que debería comprender: PG, total o parcial o bien PG y PE, total o parcial; contenido de la PG; contenido de la PE.

En el epígrafe sobre el método de trabajo se proponían una serie de iniciativas tendientes a dar forma a un sistema de trabajo que hiciera practicable la elaboración del Proyecto.

Antes de comenzar la reunión, el ICP agregó otros dos documentos de trabajo preliminares.

En el primero se ofrecía un esquema o índice de materias cuyo estudio, en vistas a su eventual integración en el proyecto, podrían formar el contenido de las sucesivas agendas de trabajo. Este esquema -se decía- "constituye una reafirmación del concepto de CPT, que ya hemos procurado describir con la máxima precisión a fin de evitar una interpretación equívoca que, por demasiado amplia frustrara el propósito perseguido o, por limitada, lo redujera a un ámbito estrecho, dentro del cual no llegará nunca a prestar los servicios unificadores que de él se pretende." (8)

En un segundo documento se desarrollaba uno de los puntos del esquema anterior, haciendo un estudio de las realidades sociales y culturales del momento en los países Iberoamericanos y su influencia en la nueva legislación penal. Este estudio será a nuestro juicio, de gran importancia cuando llegue la oportunidad -ya no muy lejana- de ocuparse de la parte especial del Proyecto y es de utilidad para guiar cualquier texto que se quiera proponer relativo a las nuevas formas de criminalidad en el mundo contemporáneo.

Todos estos documentos, no obstante su manifestado carácter de simples proposiciones, tuvieron la virtud de permitir que los penalistas concurrentes a la Reunión de Santiago (RS) y demás órganos científicos interesados, pudieran manifestar por anticipado sus observaciones y juicios críticos y que llegaran a la misma con conocimiento de las diversas opiniones emitidas en cuanto al concepto de un CPT, a las materias que deberían ser abordadas y al método de trabajo.

Acogido por unanimidad en la RS el concepto básico del Proyecto, los citados documentos proporcionarían, además, la pauta por la que se guiaron, desde las primeras sesiones, los trabajos encaminados a la redacción de textos concretos.

6. A la RS fueron invitados los siguientes señores profesores:

1. Luis BRAMONT ARIAS (Peruano), profesor de Derecho Penal de la Universidad San Marcos de Lima.
2. Alvaro BUNSTER BRICEÑO (Chileno), profesor ordinario de DP en la U. de Chile.
3. Manuel CASTRO RAMIREZ (Salvadoreño), profesor de DP en la U. de San Salvador.
4. Luis COUSIÑO MAC IVER (Chileno), profesor ordinario de DP en la U. de Chile.
5. Tomás CHADWICK VALDES (Chileno), abogado criminalista.

6. Alfredo ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY (Chileno), profesor extraordinario de DP en la U. de Chile.
7. Luis FERNANDEZ DOBLADO (Mexicano), profesor de DP en la Universidad Nacional Autónoma de México.
8. Heleno Claudio FRAGASO (Brasileño), profesor de DP en la U. de Brasil (Río de Janeiro).
9. Ricardo FRANCO GUZMAN (Mexicano), profesor titular de DP en la U. Nacional Autónoma de México.
10. Jorge FRIAS CABALLERO (Argentino), profesor de DP en la U. de La Plata.
11. Basileu GARCIA (Brasileño), profesor catedrático de DP en la U. de San Pablo.
12. Manuel GUZMAN VIAL (Chileno), profesor de DP en la U. Católica de Chile.
13. Nelson HUNGRIA (Brasileño), profesor de DP en la U. Nacional de Brasil.
14. Luis JIMENEZ DE ASUA (Español), profesor de DP en la U. Nacional de Buenos Aires.
15. Francisco P. LAPLAZA (Argentino), profesor titular de DP en la U. Nacional de Buenos Aires.
16. Ricardo MEDINA MOYANO (Colombiano), profesor de DP en la U. del Externado de Bogotá.
17. Agustín MENDEZ (Venezolano), profesor titular de DP en la U. Central de Venezuela.
18. Eduardo NOVOA MONREAL (Chileno), profesor ordinario de DP en la U. de Chile y Católica de Chile.
19. Miguel SCHWEITZER (Chileno), profesor ordinario de DP en la U. de Chile.
20. Sebastián SOLER (Argentino), profesor de DP en la U. Nacional de Buenos Aires.
21. J. Miguel TAMAYO (Venezolano), profesor de DP de la U. Central de Caracas.
22. Eduardo VARAS VIDELA (Chileno), profesor de la U. Católica de Chile.

Por diversos motivos no pudieron asistir los siguientes catedráticos que también habían sido invitados por el ICP:

Manuel ABASTOS (Peruano), profesor de DP de la U. San Marcos de Lima; Orestes ARAÚJO (Uruguayo), profesor de DP de la U. de Montevideo; Raúl CARRANCA Y TRUJILLO (Mexicano), profesor de DP en la U. de México; José Frederico MARQUES (Brasileño), profesor de DP en la U. de San Pablo; José Rafael MENDOZA (Venezolano), profesor de DP en la U. Central de Caracas; Ricardo C. NUÑEZ (Argen-



tino), profesor de DP en la U. Nacional de Córdoba; Celestino PORTE PETIT (Mexicano), profesor en la U. de México; y Antonio QUINTANO RIPOLLES (Español), profesor en la U. Central de Madrid.

Como, por otra parte, la RS tuvo el agrado de contar con la presencia de los penalistas señores Arnulfo MARTINEZ LAVALLE (Mexicano, profesor de la U. de México) y Daniel SCHWEITZER (Chileno, abogado criminalista), en definitiva, concurren veinticuatro especialistas iberoamericanos. Estas ilustres personalidades en el campo del Derecho Penal son las que suscriben el Estatuto de la Comisión Redactora y la Declaración de Principios formulada en Santiago de Chile el 16 de Noviembre de 1963.

7. La primera Reunión Plenaria (RS) celebró un total de 20 sesiones con la asidua concurrencia de todos sus integrantes y alcanzó positivos y lisonjeros resultados que pueden agruparse en aquellos relativos al proyecto mismo y en los que desembocaron en la estructura orgánica de la entidad encargada de elaborar y llevar a término dicho proyecto.

Entre los primeros, el más importante y fundamental consiste en la adhesión entusiasta y sin reservas, de todos los penalistas asistentes, a la idea de una unificación de las leyes penales de las naciones de Iberoamérica, con sus implicancias inmediatas de que dicha unificación es posible en la práctica y deseable para una más eficaz tutela de los valores jurídicos fundamentales en que se cimenta la convivencia entre esos pueblos. Dentro de esta misma categoría de acuerdos importantes de orden general, también merecen citarse: que la diversidad de sistemas legislativos imperantes no es obstáculo insalvable para la unificación puesto que el estado de la ciencia penal contemporánea permite a los juristas llegar a fórmulas técnico-legales concretas, aun cuando profesen ideologías filosófico-jurídicas divergentes y que un CPT como un paso para una legislación penal común al servicio

de una mejor prevención y represión de los delitos, cumple con un claro fin de renovación y modernización de la legislación penal americana que aprovecharán, en mayor o menor medida, todos los países que forman la comunidad iberoamericana.

En consecuencia, todos los participantes pusieron de manifiesto su firme propósito de hacer realidad la idea de un CPT la que, por ser el primero de este continente y en el mundo, habría de revestir una trascendencia histórica de primera magnitud. Unánimemente se acordó, en cuanto al concepto de CPT, que éste debe estar integrado por normas o preceptos redactados para su aplicación como leyes penales; es decir, desechando la idea de un enunciado de meros principios esquemáticos o de una "ley de bases", se resolvió que debían discutirse y redactarse textos legales concretos. Estos textos abarcarán la mayor cantidad posible de materias propias de un código punitivo completo, dejando al examen progresivo de los distintos temas la resolución final sobre aquellos que deberán excluirse en razón de la conveniencia de reconocer un determinado margen de libertad legislativa a cada país en los puntos concernientes a sus particularidades regionales.

La RS, respondiendo al viejo adagio de que el movimiento se demuestra andando, dió comienzo de inmediato al estudio de los principios a que debía someterse la redacción de las normas relativas al primer capítulo del código, la ley penal. Tras debates de hondo contenido científico, se aprobaron las directrices concretas a que debería atenerse la redacción de los preceptos concernientes a la aplicación de la ley penal en el espacio y en el tiempo. (9) Se aceptaron como principios fundamentales los de la territorialidad e irretroactividad de la ley penal, sin perjuicio de las excepciones sobre extraterritorialidad en virtud de los principios real y de universalidad y de la retroactividad de la ley penal más benigna.

8. Atención especial merece la Declaración de Principios (DP), integrada por diez enunciados de rango fundamental que resumen las directrices que, en el concepto de los redactores, deben encuadrar una legislación penal; de ahí que se haya dicho que constituyen "un verdadero decálogo destinado a afianzar la justicia, la seguridad social y el ejercicio recto y eficiente del magisterio punitivo dentro del respeto a los valores esenciales de la persona humana".

Esta DP tuvo, sin embargo, un origen muy controvertido y, a nuestro juicio, hasta la fecha todavía no existe un consenso unánime sobre su exacta naturaleza. La idea nació al plantearse, recién comenzada la discusión sobre el capítulo de la ley penal, el principio de reserva que se estimó debía quedar expresamente formulado. Pero de inmediato surgieron las discrepancias en cuanto a la correcta sistemática del precepto respectivo atendida la índole fundamental que reviste; se consideró, además, que debían igualmente formularse algunos otros principios que ostentaban una tan alta jerarquía como la de aquél.

Para algunos, tales principios debían integrar un Título Preliminar con enunciados de carácter preceptivo y de verdadera jerarquía constitucional, con lo que cumplirían un doble objetivo: suplir la falta de una Constitución anterior al CPT y proporcionar una formulación moderna y evolucionada del principio de reserva, que la mayoría de las Constituciones americanas consagran (cuando lo hacen) en fórmulas anticuadas e insuficientes que han permitido su fácil burla. (10) Se tratarían, pues, de un conjunto de preceptos no dirigidos al pueblo y a los jueces, sino al legislador americano.

Frente a esta clara posición surgieron otras desidentes que iban desde proponer un título mixto: "Preliminar y Ley Penal", hasta un rechazo categórico de todo título preliminar, independiente o no, y la simple incorporación de algunos de estos preceptos (los de índole jurídica y

no política) al texto del código en aquellas partes que por razones sistemáticas naturalmente les correspondiera (así, el principio de reserva bajo su fórmula clásica, en la aplicación de la ley penal; el de que no hay delito sin culpabilidad, en el capítulo sobre el delito, etc.). Otros, por fin, eran partidarios de un mero preámbulo o exposición de motivos. Además, fuera del principio de reserva en su doble forma de no hay delito sin tipicidad y no hay pena sin ley que la conmine, se consideraron muchos principios de naturaleza bastante heterogénea los que, sea dicho sin desconocer su importancia, dificultaban aún más la solución sistemática. Entre estos nuevos principios, cabe recordar el de "non bis in idem"; el de que nadie puede ser castigado sino en virtud de sentencia pronunciada en juicio regular ante Tribunal competente; el de que no hay pena sin culpa; el expreso repudio de la analogía; reglamentación de las leyes penales "en blanco" y de las llamadas "leyes penales abiertas", etc.

Al término de un debate del más alto interés que se desarrolló durante cinco sesiones consecutivas, se llegó a una fórmula de acuerdo consistente en redactar un preámbulo con el carácter de Declaración de Principios en el que se daría cabida a todos los principios fundamentales considerados en las discusiones, sin perjuicio de incorporar en el articulado del código algunos de estos principios y, desde luego, el de reserva o legalidad en un enunciado breve.

No obstante la claridad del acuerdo, (11) es preciso reconocer que esta interpretación no fué unánime. Síntomas de una desinteligencia sobre el punto ya se advierten en la misma RS, donde se interpretan de manera diversa los conceptos de preámbulo, exposición de motivos y declaración de principios (12) y en donde algunos profesores mantienen su criterio de entender -por encima de la nomenclatura- que se trata de verdaderos preceptos de índole constitucional o, en todo caso, supra legal.

Pero donde esta desinteligencia queda en inequívoca evidencia es en la Segunda Reunión Plenaria de México (RM), al ponerse en discusión (sesión primera del 19 de Octubre 1965) la ponencia chilena relativa a la ley penal, en la parte dedicada a la interpretación de la ley. En esta ocasión chocaron abiertamente las posiciones de quienes estiman que "hemos sancionado un título preliminar en el cual se establecen los principios políticos, supra jurídicos en el sentido corriente de la palabra que, efectivamente, marcan la estructura de la ley penal y, en consecuencia, la forma en que ella debe ser interpretada" con la de quienes consideran que todas esas declaraciones fueron incluídas "en una especie de preámbulo que, según el modo de razonar a que estamos habituados, no reviste en modo alguno ninguna jerarquía jurídica como norma" (13)

A pesar del rechazo categórico que, en definitiva, sufrió el articulado propuesto por la Comisión Chilena y de las opiniones manifestadas por muchos de los oradores, lo que hace suponer que prevaleció la opinión defendida en todo momento por el profesor SOLER, estimamos que el problema permanece insoluto y que sería necesaria y conveniente una declaración formal sobre el punto de parte de la Reunión Plenaria en la próxima oportunidad en que celebre sesiones.

Mientras esta declaración definitiva no se produzca, por nuestra parte estimamos que -pese a ser esa la idea original- la DP no constituye un Título Preliminar en el sentido de un conjunto de preceptos obligatorios de rango supralegal; de normas constitucionales con respecto al CPT.

En primer término, existe una elocuente razón de texto: en la DP se establecen los principios fundamentales que deberán "inspirar y orientar la elaboración de las leyes penales en América Latina y su ulterior aplicación". Obviamente, los preceptos constitucionales, en un sentido propio, no inspiran ni orientan, sino que im-

ponen inexorablemente unos límites determinados y unas condiciones básicas a las que el legislador debe sujetar se preceptivamente. En cambio, los fines orientadores son de la esencia de una declaración meramente programática o de propósitos.

Enseguida, la resolución aprobada en cuya virtud se redactaron y sancionaron los diez principios contenidos en la declaración, manifestaba muy claramente que "se elaborará un preámbulo" en que constarán los diversos principios propuestos en la Reunión, sin perjuicio de incluir en el texto mismo del código el principio de reserva en un enunciado breve y aquellos otros que se estimen convenientes. Luego, se aceptó la idea de que declaración y texto legal eran cosas diferentes y que no había una duplicidad al consagrar legislativamente algunos principios que ya figuraban en el preámbulo (posteriormente llamada "Declaración de Principios"). Y este consenso resulta patente cuando, a continuación, la Asamblea acepta el criterio de seguir discutiendo si alguno de los principios se incluirán o no en el texto del código. Ciertamente que SOLER, captando (o al menos intuyendo) el sendero por el que se deslizaba la cuestión, se pronuncia abiertamente contra toda "duplicidad" de los enunciados. (14)

No olvidemos, por otra parte, que uno de los motivos que dieron lugar a esta "Declaración" fue el de poder dar cabida, bajo un mismo epígrafe lo suficientemente comprensivo, a una serie de principios que, por su naturaleza, sobrepasaban los límites de un CP o PP para entrar de lleno, por su índole política y constitutiva, en el terreno de los preceptos de rango fundamental, fueran propiamente constitucionales o simplemente programáticos. Ahora, el CPT aspira a ser un código modelo en el que se base una futura tarea de unificación legislativa, pero no pretende ser, además, un modelo de Constitución, aunque sea en el aspecto restringido de los preceptos relativos a la justicia en lo criminal. Luego, nos parecería obvio

que la Declaración de Principios no tuviera otro alcance que el que le señala su propio título: un preámbulo que plasma el ideario que motivaba a los redactores del CPT y que aspira a ser una guía orientadora para los legisladores de Latinoamérica.

Ello no le quita importancia ni pone en entredicho la justificación de su existencia porque su valor hermenéutico con respecto al CPT resulta inapreciable y porque la autoridad científica y moral de que está revestida la DP ha de conferirle profunda repercusión práctica. Mas lo anterior no excusa que en la tarea de redactar el texto de un código penal, deban incluirse en él aquellas normas propiamente penales sustantivas que signifiquen la consagración en la ley -y no solamente en la Constitución- de algunos de estos principios.

Por las razones precedentes -a las que aún se podrían agregar otras- opinamos que la DP debe revestir únicamente una naturaleza programática, como la suma del ideario que anima a los redactores del CPT y -quizás- a la Justicia en lo criminal de nuestra época. Al mismo tiempo, deben figurar en el texto del código aquellos principios que, además de su índole constitucional dirigida al legislador, revisten carácter de norma simplemente legal porque están igualmente dirigidas al Juez en su cotidiana labor de aplicar concretamente la ley. De ahí, entonces, que debieran figurar en el CPT, sin que se produzca ninguna clase de duplicaciones, los principios de reserva o legalidad en su moderna y doble formulación (no hay delito sin tipicidad; no hay pena sin ley que la prescriba); de la proscripción expresa de toda forma de analogía (todo ello en el capítulo relativo a la "Ley Penal"); de que no hay delito sin culpabilidad (en el capítulo sobre "El delito") y las condiciones legales para la aplicación de las medidas de seguridad (capítulo de las "sanciones").

### Capítulo III

#### LA COMISION REDACTORA DEL CODIGO PENAL TIPO PARA LATINOAMERICA

9.- El Secretariado Ejecutivo. 10.- La Comisión de Trabajo. 11.- La Reunión Plenaria. 12.- Modo operacional. 13.- La distribución de temas y vistazo crítico a la labor cumplida por las diferentes Comisiones de Trabajo.

9. Esta Comisión (CR) fue creada, de acuerdo con el Estatuto sancionado en Santiago el 16 de Noviembre de 1963, como una entidad privada con exclusivos propósitos científicos y de bien público.

La Comisión Redactora está integrada por: a) el Secretariado Ejecutivo; b) Las Comisiones de Trabajo y c) Las Reuniones Plenarias.

El Secretariado Ejecutivo (SE) se encuentra a cargo del ICP de Chile y el Presidente del Instituto es, automáticamente, el Secretario Ejecutivo (Sec. Ej.) de la CR. Esta solución se debió, en primer término, a la circunstancia de haber sido el ICP el que organizó e impulsó la RS -base del ulterior desarrollo del proyecto- y, en segundo lugar, porque contaba con los medios indispensables para hacerse cargo de inmediato de las labores de secretaría. Además, era una manera de reconocer el mérito de la iniciativa y una forma de resolver con un procedimien-



to sencillo la designación del Sec. Ej.

Corresponde al SE reunir y distribuir todos los elementos de investigación y estudio que sirvan a los propósitos de la Comisión; encomendar las tareas que deben cumplir las Comisiones de Trabajo (C. de T.); centralizar y dirigir las comunicaciones; designar a sus colaboradores directos y personal de su dependencia; administrar los fondos de la CR y dar cuenta de su administración a la Reunión Plenaria (RP); preparar los informes, temarios y documentos para la RP; proyectar el reglamento de sesiones y, en fin, ejercer todas aquellas atribuciones necesarias para el mejor cumplimiento de los fines de la CR en cuanto no correspondieren a la RP.

A la cabeza del SE se encuentra el Sec. Ej. como autoridad unipersonal y representante de la Comisión. A su cargo no solamente se encuentran las tareas administrativas, pues también es coordinador de toda la labor científica de la CR y la dirige conjuntamente con la RP. Cuenta con un Sub Secretario, como auxiliar inmediato y con personal e implementos de secretaría necesarios para realizar las tareas propias del Secretariado.

10. Las Comisiones de Trabajo (C. de T.), están formadas por las personas o instituciones designadas por el Sec. Ej., directamente o a propuesta de las C. de T. deben cumplir las tareas de investigación y estudio que les encomiende el Sec. Ej.

Estas comisiones constituyen los grupos o núcleos de juristas encargados de preparar los textos que deben discutirse y aprobarse en la RP. En la determinación del número o cantidad de comisiones se ha seguido una línea flexible que combina la necesidad de que existan representaciones nacionales de los diversos países y la gravitación científica de éstos. Así, algunos países cuentan con una sólo comisión nacional; otros, con más de una comisión, establecidas sobre bases regionales (Río de Janei-

ro y San Pablo, en Brasil); la comisión Argentina está dividida en dos secciones distintas, atendido el número y categoría de sus integrantes y, por último, otras podrán estar agrupadas en una sólo comisión que cubrirá un área geográfica colindante.

Las C. de T. se encuentran integradas solamente por profesores universitarios de reconocida jerarquía, en un número relativamente indeterminado, cuyo límite está impuesto por la distribución de las comisiones, a que se ha hecho referencia, y por la naturaleza privada y primordialmente científica de esta entidad que busca el máximo de aprovechamiento de todos los especialistas más capacitados del Continente para elaborar un Proyecto que será ofrecido a esas naciones con el sólo aval de sus méritos científicos y de ser resultado de una obra común.

Cada C. de T. debe contar con un Presidente que la dirija y la represente y con un Vice Presidente que pueda sustituir al anterior. También debe contar con uno o más secretarios que pueden ser miembros de la misma comisión o adjuntos adscritos a la comisión con ese fin. Resulta especialmente importante que cada comisión cuente con una secretaría bien organizada para un mejor funcionamiento interno y para la regularidad de sus comunicaciones con el SE.

Las C. de T. tienen libertad para organizar su régimen de trabajo interno y su única obligación pecuniaria es una contribución anual para los gastos del SE que la RM fijó en doscientos dólares al año y en la Reunión de Lima (RL) se aumentó a doscientos cincuenta anuales.

11. La Reunión Plenaria (RP) es el organismo colegiado máximo y resolutivo de la entidad; discute y aprueba los textos elaborados por las C. de T. y regula el funcionamiento de la CR. De acuerdo con la actual reglamentación, integran la RP el Sec. Ej., los Presidentes de

las C. de T., los relatores designados por éstas y los juristas que fueron invitados a la RS. También pueden concurrir a las sesiones de la RP los demás miembros de las C. de T. y otras personalidades científicas que se designan, para cada reunión, en un artículo transitorio del Reglamento respectivo.

Las decisiones se adoptan por la mayoría de los votos hábiles presentes; tienen derecho a voto el Sec. Ej. y los Presidentes de las C. de T. Para revisar acuerdos ya tomados se requiere de un procedimiento y de un quorum especial.

Las RP deben efectuarse periódicamente en los lugares que designa el Sec. Ej. y por convocatoria de éste. En el hecho, depende en gran medida de los países que estén en condiciones de sufragar los gastos que también corren a cargo del país invitante. Hasta la fecha, se han celebrado RPs en Santiago (1963), en México (1965) y en Lima (1967); la próxima será en Caracas en 1968. Es necesario considerar que las distancias en América son enormes, de modo que los desplazamientos resultan muy caros y, por consiguiente, la posibilidad de asegurar una reunión bianual constituye un verdadero éxito que asegura la continuidad y coronación final del proyecto. Además, debe tenerse presente que durante el lapso que media entre una y otra plenaria, las C. de T. deben preparar sus proyectos y estudiar los de las demás comisiones, lo cual requiere tiempo. De tal manera que tampoco sería posible establecer la celebración de RPs con excesiva frecuencia. Quizás si una RP al año fuera lo más indicado. También es posible considerar una frecuencia flexible, atendido el ritmo e intensidad con que se desarrollen los trabajos.

12. El esquema teórico del funcionamiento de la CR del CPT se deduce fácilmente del bosquejo orgánico que se acaba de trazar. En su esencia, consiste en una dis-

tribución de temas fundamentales que hace el Sec. Ej. entre las C. de T.; en la preparación, por parte de estas comisiones, de textos relativos a los temas asignados, acompañados con las fundamentaciones doctrinarias que ilustran los textos propuestos (que pueden ser varios alternativos en caso de discrepancias entre los miembros de una misma comisión); en la circulación de estos textos que hace el SE entre las demás comisiones las que deben, en primer término, aprobarlos en general (si no obtienen la aprobación general deben ser redactados nuevamente por la misma comisión o por otra) y, en segundo lugar, formular las observaciones y alcances que les merezcan; en la formación de una agenda o programa de trabajo para la RP que confecciona el SE sobre la base de los temas elaborados y al que se acompaña todo el material de fundamentaciones y observaciones que haya reunido; en el estudio y discusión que hace la RP de los textos propuestos, según el orden indicado por la agenda y, por fin, en la aprobación de textos concretos que hace la RP. De este modo, se va elaborando en forma progresiva el texto completo de un CPT según la pauta general aprobada en la RS. Además, se prevé una revisión final con el objeto de uniformar y concordar el texto completo que recibirá, así, su aprobación definitiva como el Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica elaborado y presentado por la CR. (15)

El Estatuto Orgánico se encuentra complementado por un Reglamento de Trabajo y por otro de sesiones.

13. Las C. de T. constituidas y organizadas, en su mayoría, durante el curso del año 1964 (16), debieron preparar los proyectos de texto sobre aquellas materias que les fueron asignadas por el SE como, asimismo, exponer los fundamentos en que descansaban los textos propuestos. Además, cada C. de T. debía pronunciarse críticamente sobre los trabajos de las otras comisiones.

Los capítulos de la PG del OPT -primera etapa proyectada- fueron distribuidos de la siguiente manera:

Argentina: Sección A: La fórmula de la inimputabilidad, comprendiendo en ella la regulación del problema de la embriaguez y del trastorno mental transitorio. La reincidencia, la habitualidad y la profesionalidad criminal.

Sección B: La noción del autor y el concurso de personas en el hecho punible con consideración de la intervención del "extraneus".

Ambas secciones: Clasificación sistemática de la PG del OPT.

Centroamérica: Las penas y las medidas de seguridad.

Colombia: La responsabilidad civil derivada del delito y, en general, los efectos del delito en el campo extrapenal.

Chile: a) Clasificación sistemática de la PG; b) La Ley Penal; c) La culpabilidad: posibles definiciones, sus especies. Las causas de inculpabilidad. El hecho punible culposos.

México: a) Concurso o pluralidad de delitos y su régimen. El delito continuado y b) Medidas y sanciones aplicables a los delitos.

Perú: Las causas de justificación.

Río de Janeiro: a) Clasificación sistemática de la PG y b) El hecho punible; relación de causalidad, lugar y tiempo del delito.

San Pablo: Proceso ejecutivo del delito.

Venezuela: Extinción de la responsabilidad penal.

La casi totalidad de las C. de T. cumplieron sus cometidos, reuniendo el SE un importante materia que fue la base para preparar una agenda de trabajo que abarcaba, sin pretensiones sistematizadas definitivas, todos los grandes capítulos de la PG.

Cabe observar que este cumplimiento se refiere, principalmente, a la elaboración de los textos y a su fundamentación, aspectos en los que se lograron resultados muy satisfactorios no obstante que, como es natural, no todas las ponencias revestían una calidad jurídica del mismo nivel y una igual riqueza de fundamentos.

En cambio, en lo relativo al examen recíproco de los diferentes proyectos, la labor cumplida debe calificarse de deficiente. Salvo las comisiones mexicana y chilena que alcanzaron a despachar un cierto número de observaciones, el resto no cumplimentó tan importante tarea. En efecto, en el curso de los debates y naturales incidentes producidos durante la Reunión de México (RM), se pudo apreciar en toda su magnitud como el examen previo y cuidadoso de las ponencias y la crítica recíproca, efectuada con la debida serenidad y reposo, eran condiciones indispensables para que las discusiones plenarias pudiesen llegar en forma más rápida y efectiva a fórmulas o textos que, sin embargo, fuesen el resultado de una reflexiva maduración. Sin pretender disminuir la trascendencia de lo logrado en México, pensamos que algunas fórmulas de compromiso improvisadas en medio del calor y prisa de los debates, deberán ser objeto de ulterior revisión.

Esta deficiencia reconoce diversas causas: retraso en la constitución de algunas comisiones y la consiguiente demora en remitir los proyectos que no estuvieron disponibles con la anticipación mínima que permitiera a las demás comisiones hacer su propio estudio crítico; la remisión por otras comisiones de proyectos que carecían de fundamentación, lo que obligaba a devolverlos para que se cumpliera con este requisito esencial; excesiva lentitud en el ritmo de trabajo de otras, etc. Percatándose de la imprescindible necesidad de superar este inconveniente, la RM acordó diversas medidas destinadas a evitar que se reprodujera en lo sucesivo. Pero no obstante las

normas reglamentarias dictadas en este sentido (limitando en extremo el derecho de intervención en las RP a las comisiones que no hayan formulado observaciones oportunamente), es preciso convenir que la situación prescrita persistió, aunque atenuada, en el período de preparación de la RL, según se señala infra.

Las limitaciones de sistemática nos impiden hacer aquí un examen detallado de las ponencias presentadas que, en total, fueron catorce (17), pero al hacer la reseña crítica de los textos aprobados tendremos ocasión de referirnos a aquellas que alcanzaron a tratarse en la RM, así como algunas complementarias -consecuencia de reenvíos- que fueron estudiadas en Lima.

## Capítulo IV

### LA REUNION PLENARIA DE MEXICO

14.- Convocatoria. 15.- Asistentes. 16.- Agenda de trabajo. 17.- Resultados.

14. La Segunda Reunión Plenaria de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica, fue convocada para los días 19 al 29 de Octubre de 1965 por el SE y contó con el patrocinio de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y del Supremo Gobierno de México que proporcionó los fondos necesarios.

Su preparación y organización estuvo a cargo, conjuntamente, de una comisión designada por la Academia Mexicana e integrada por los profesores señores Luis GARRIDO, Raúl CARRANCA Y TRUJILLO y Francisco GONZALEZ DE LA VEGA, actuando como Secretario el Licenciado Desiderio GRAUE, y del SE con sede en Chile, que mantuvo la coordinación general de esta labor bajo la inmediata dirección del Sec. Ej., profesor Eduardo NOVOA MONREAL. Días antes del comienzo de la Reunión se trasladó a México el Sub Secretario, profesor Francisco GRISOLIA, para colaborar más estrechamente con la Comisión Mexicana y coordinar los últimos preparativos.

15. Concurrieron a México en calidad de invitados, los siguientes señores profesores: Luis JIMENEZ DE ASUA, Guillermo J. FIERRO, Francisco LAPLAZA y Sebastián SOLER



(Argentina); J. Bernardino GARCIA GONZAGA, Nelson HUNGRIA, Heleno Claudio FRAGOSO y Paulo J. DA COSTA (Brasil); Ricardo MEDINA MOYANO (Colombia); Guillermo PADILLA (Centroamérica); Miguel SCHWEITZER, Alvaro BUNSTER y Alfredo ET-CHEBERRY (Chile); Luis BRAMONT ARIAS y Luis E. ROY FREIRE (Perú); José M. TAMAYO y José A. MENDEZ (Venezuela).

La delegación mexicana estuvo integrada de la siguiente manera: Raúl CARRANCA, Desiderio GRAUE, Luis GARRIDO, Alfonso QUIROZ CUARON, Javier PIÑA Y PALACIOS, Celestino PORTE PETIT, Mariano JIMENEZ HUERTA, Luis FERNANDEZ DOBLADO, Francisco H. PAVON, Ricardo FRANCO GUZMAN, Arnulfo MARTINEZ LAVALLE, Francisco GONZALEZ DE LA VEGA y Fausto SANCHEZ.

Además, se contó con la presencia de los profesores señores: Pedro A. SANABRIA y Alfonso REYES (Colombia); José E. SILVA (Centroamérica); Domingo GARCIA RADA, Juan ARCE MURUA, Raúl PEÑA CABRERA, Luis SUAREZ y Heradio ZAMORA (Perú).

En calidad de observador concurrió el magistrado boliviano, don Oscar CRESPO SOLIS.

Por derecho propio, asistió el Secretario Ejecutivo y en calidad de funcionario técnico el Subsecretario.

16. La Agenda de Trabajo, preparada por el SE para esta Reunión, constaba de los siguientes temas: 1. Clasificación sistemática de la PG del CPT; 2. La Ley Penal; 3. El Hecho Punible; 4. Las Causas de Justificación; 5. La fórmula de la inimputabilidad; 6. La culpabilidad; 7. La noción de autor y el concurso de autores en el hecho punible; 8. La reincidencia, la habitualidad y la profesionalidad criminal; 9. Proceso ejecutivo del delito; 10. Concurso o pluralidad de delitos y su régimen; 11. Las penas y medidas de seguridad; 12. Extinción de la responsabilidad penal y 13. La responsabilidad civil derivada del delito.

17. La RM contó con el auspicio del Presidente de la República, Lic. Gustavo DIAZ ORDAZ y con el patrocinio directo del Procurador General de la República, Lic. Antonio ROCHA. Celebró diecisiete sesiones de trabajo. En la sesión inaugural del 19 de Octubre, pronunciaron discursos el señor Procurador General, Lic. ROCHA; el Presidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, Dr. Luis GARRIDO y el Sec. Ej., Prof. NOVOA MONREAL quien dió cuenta de la marcha de la entidad hasta ese momento.

Como una cortesía para el país invitante, se designó Presidente de la Segunda Reunión Plenaria de México al Presidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y ex Rector de la Universidad Nacional Autónoma de México, Dr. Luis GARRIDO. La labor de dirección, organización y coordinación quedó a cargo de los profesores chilenos Eduardo NOVOA MONREAL, Sec. Ej. y Francisco GRISOLIA, Sub Secretario.

Pese al considerable número de sesiones de trabajo y a la intensidad con que se cumplió la labor programada, no fue posible examinar la totalidad de los textos presentados, pues hubo plena conciencia entre todos los profesores concurrentes en que estos textos debían analizarse con el máximo rigor crítico, discutiéndose con amplitud todos los aspectos sometidos a debate.

Fruto de este cuidadoso trabajo científico, es un conjunto de artículos de indiscutible enjundia doctrinaria que abarcan preceptos relativos a la Ley Penal (su aplicación especial, temporal y en cuanto a las personas), al Hecho Punible, a las Causas de Justificación, a la Inimputabilidad y a la Culpabilidad. Además, se aprobaron las directrices para la redacción de otros artículos con los que se completan las normas que deben integrar en el proyecto los capítulos mencionados. Son, en total, veintitrés artículos redactados sobre la base de las ponencias presentadas por las comisiones argentina, brasileña (Río de Janeiro), chilena y peruana. Esto significa que se al-

canzó hasta el punto 6, inclusive, de la agenda de trabajo.

En la elaboración de los textos se procuró cumplir con todas las etapas previstas para asegurar que el CPT constituirá un conjunto de preceptos armónicos, inspirados en los más decantados principios de la ciencia penal contemporánea y, a la vez, adaptados a la idiosincrasia y condiciones sociales y materiales de los pueblos latinoamericanos: una preparación metódica de los temas en el seno de cada C. de T. (fase cumplida satisfactoriamente por la gran mayoría de las comisiones); una confrontación crítica y previa de los preceptos (como ya se indicó, este aspecto fue deficiente en general) y, por fin, un debate abierto en la Reunión Plenaria para obtener las fórmulas concretas y definitivas.

Se espera que en lo sucesivo las etapas precitadas se cumplirán con absoluta rigurosidad. Desde luego, la RM reiteró su propósito de que cada texto propuesto debía ser objeto de una reflexiva maduración crítica en que se pudiera ponderar con la debida latitud todos los elementos de juicio necesarios. Para ello se aprobaron, según se dijo más arriba, modificaciones al Reglamento de Sesiones (18) que aseguren tales objetivos y prevean la revisión de acuerdos anteriores si se estima indispensable.

En el anexo V se publican, en su versión literal, la totalidad de los textos aprobados en México.

## Capítulo V

### LA REUNION PLENARIA DE LIMA

18.- Convocatoria. 19.- Labor de las C. de T. en el lapso intermedio. 20.- Temario. 21.- Participantes. 22.- La próxima Reunión Plenaria y nueva distribución de materias (PE).

18. En la última sesión de trabajo de la reunión de México se acordó, por unanimidad y a petición de la Comisión Peruana, realizar la Tercera Reunión Plenaria en Lima en Noviembre de 1966. Esta, sin embargo, no pudo llevarse a efecto en la oportunidad mencionada, debido a circunstancias fortuitas. Por ello, a solicitud de la Comisión Peruana y con la anuencia del Secretario Ejecutivo, se postergó la Tercera Reunión Plenaria para Abril de 1967.

19. Las Comisiones de Trabajo continuaron durante el año 1966 su trabajo relativo a las ponencias aún no terminadas, a las observaciones respecto de las ponencias de otras Comisiones y, en su caso, a reelaborar los textos que habían sido reenviados por la Segunda Reunión Plenaria.

La situación, entonces, era la siguiente:

ARGENTINA: Sección A debía volver a redactar los textos sobre inimputabilidad que se referían a la embriaguez; Sección B permanecía con su ponencia sobre la noción de autor y concurso de personas en el hecho punible con consideración de la intervención del "extraneus", que había sido distribuída a las diferentes Comisiones, con el objeto que se hicieran las observaciones correspondientes, antes de la reunión de México.

Para ambas Secciones seguía pendiente el tema sobre clasificación sistemática de la Parte General del Código Penal Tipo.

CENTROAMERICA: debía presentar su ponencia sobre "Las Penas y Medidas de Seguridad". Esto fue realizado en momento oportuno, de modo que casi todas las Comisiones le hicieron observaciones, y de este modo, pudo la Comisión de Centroamérica, aún antes de la Tercera Reunión, recogerlas en un nuevo texto que se distribuyó entre las Comisiones de Trabajo; en él, en gran parte, se acogían muchas de las observaciones que se habían formulado y, consecuentemente, se modificaban los textos primitivos.

COLOMBIA: Tenía a su cargo "La responsabilidad civil derivada del delito y, en general, los efectos del delito en el campo extrapenal (inhabilidades e impedimentos civiles)."

CHILE : Debía volver a redactar los textos sobre culpabilidad que se referían al error y a la inexigibilidad de otra conducta. Además continuaba a su cargo el tema sobre "Clasificación sistemática de la Parte General".

MEXICO : El tema a su cargo "Concurso o pluralidad de delitos y su régimen", había sido totalmente elaborado y distribuído con anterioridad a la Reunión de México, de modo que no tenía trabajo especial durante este período.

PERU : Debía volver a redactar los textos sobre

"Causas de justificación" que se referían a la legítima defensa y al estado de necesidad.

RIO DE JANEIRO : Había terminado en la Reunión de México su cometido y sólo faltaba que en una próxima jornada se examinara lo relativo a la "Clasificación sistemática de la Parte General del Código Penal Tipo".

SAO PAULO : Durante este período debía redactar, con el objeto de ser distribuída entre las Comisiones, su ponencia sobre "Proceso ejecutivo del delito" (tentativa).

VENEZUELA : Tenía a su cargo la "Extinción de la responsabilidad penal".

Todas las Comisiones cumplieron, con mayor o menor prontitud, sus cometidos especiales. No ocurrió así, sin embargo, con las observaciones que debían hacer a las ponencias de las demás, y, en general, fueron muy pocas las que realizaron totalmente esta tarea. Como se pudo apreciar posteriormente en la Reunión, resulta indispensable que se hagan las observaciones, no sólo por cuestiones de tipo reglamentario, sino principalmente porque resultan de suma utilidad para la organización de los debates y para centrarlos de inmediato en los puntos verdaderamente importantes y controvertidos.

20. Con todo, gracias a la labor efectuada por las Comisiones en sus trabajos específicos, se pudo formar una amplia agenda de trabajo para la Reunión de Lima, que comprendía todas las materias que faltaban para terminar la Parte General del Código Penal Tipo para Latinoamérica. En primer lugar, se colocó el tema de los "Autores y Partícipes"; luego, "La reincidencia, habitualidad y profesionalidad"; después la "Tentativa"; en cuarto lugar "Concurso o pluralidad de delitos y su régimen"; en seguida, las disposiciones reenviadas en materia de imputabilidad; a continuación, los textos reelaborados en materia de "Causas de Justificación"; en séptimo lugar,

los nuevos textos en materia de "Culpabilidad"; en octavo lugar, "La responsabilidad civil derivada del delito" y, en el último, "La extinción de la responsabilidad penal". Muchos de estos temas, sin embargo, no pudieron ser examinados, unos por falta de tiempo -"La responsabilidad civil derivada del delito" y "La extinción de la responsabilidad penal"-; otros por razones particulares - los nuevos textos en materia de imputabilidad- debido a que hubo cierta confusión respecto a las pautas dadas para su redacción en la Reunión de México, y "El concurso de delitos y su régimen" por no haber sido posible la asistencia de ningún delegado mexicano.

21. La III Reunión Plenaria, contó con el auspicio del Presidente de la República, arquitecto don Fernando BELAUNDE TERRY y el patrocinio del Rector de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, don Luis Alberto SANCHEZ. Celebró nueve sesiones de trabajo. Aparte de éstas, en la sesión inaugural hicieron uso de la palabra el Ministro de Justicia y Culto del Perú, Javier BELAUNDE, el Rector de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, el Presidente de la Comisión Peruana y Presidente de la Reunión de Lima, Luis A. BRAMONT ARIAS y el Secretario Ejecutivo de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica, Eduardo NOVOA MONREAL, quien dió cuenta de la marcha de la entidad hasta ese momento y lanzó la idea de crear un Instituto Latinoamericano de Ciencias Penales, con el objeto de dar permanencia a la labor que se estaba realizando.

Como ya se ha dicho y con el objeto de continuar una tradición asentada en la cortesía hacia el país invitante, se designó Presidente de la III Reunión Plenaria al Presidente de la Comisión Peruana y Director del Instituto de Ciencias Penales, don Luis A. BRAMONT ARIAS y Secretario al Profesor don Luis E. ROY FREIRE. La labor de coordinación quedó a cargo de los Profesores chilenos Eduardo NOVOA MONREAL, Secretario Ejecutivo y Juan BUS -

TOS RAMIREZ, Sub Secretario subrogante.

Concurrieron a Lima como representantes oficiales los siguientes señores profesores: de Argentina, Francisco P. LAPLAZA, Mario Héctor PENA, Enrique RAMOS MEJIA y José Francisco ARGIBAY; de Brasil, Heleno Claudio FRAGOSO, José Bernardino GONZAGA y Guilherme C. Percival de OLIVEIRA; de Colombia, Jorge Enrique GUTIERREZ ANZOLA y Alfonso REYES ECHANDIA; de Centroamérica, Guillermo PADILLA y José Enrique SILVA; de Chile, Miguel SCHWEITZER, Luis COUSINO y Alfredo ETCHEBERRY; del Ecuador, Jorge CORNEJO y de Venezuela, José Agustín MENDEZ y José Miguel TAMAYO.

La Delegación Peruana estuvo integrada de la siguiente manera: Presidente, Luis A. BRAMONT ARIAS; relator, LUIS E. ROY FREIRE y los señores Luis JIMENEZ DE ASUA, Domingo GARCIA RADA, Luis DEL VALLE RENDICH, Juan Octavio ARCE MURUA y Raúl PEÑA CABRERA.

Asistieron invitados en forma especial los profesores Manuel DURAN de Bolivia y Juan Benito CARBALLA de Uruguay. Además, estuvieron presentes los siguientes miembros de Comisiones de Trabajo: Bernardo GAITAN MAHECHA y Pedro Arturo SANABRIA de Colombia; Sergio POLITOFF, Manuel GUZMAN VIAL y Sergio YANEZ de Chile.

Participaron en calidad de observadores los señores Raúl VARGAS MATA, Lino CASAFRANCA GAMARRA, Herbert FREYRE VILLAVICENCIO y Hyman H. COOPER.

22. En la última sesión de trabajo y a solicitud de la Comisión Venezolana, se acordó por unanimidad realizar la IV Reunión Plenaria en Caracas, en Julio de 1968.

En esta IV Reunión se estima posible terminar con el examen de los temas pertenecientes a la Parte General e iniciarse con los de la Parte Especial que fueron distribuidos también en la RL. La distribución fue la siguiente: "Delitos contra la vida, integridad corporal y



salud individual" Sección A de la Comisión Argentina;  
 "Delitos contra el honor" Comisión de Sao Paulo; "Delitos contra la libertad personal, garantías constitucionales y dignidad del hombre" Comisión Venezolana; "Delitos contra la propiedad" (solamente lo concerniente a hurto y robo) Sección B de la Comisión Argentina; "Delitos contra la propiedad" (solamente lo concerniente a fraudes y estafas, y daños) Comisión Chilena; "Delitos contra la administración de justicia" Comisión Peruana; "Delitos de peligro común, incluyendo salud pública" Comisión de Río de Janeiro; "Delitos contra la Administración Pública sea por funcionarios públicos o particulares" Comisión Boliviana; "Falsificaciones y falsedades" Comisión de México; "Delitos contra la libertad sexual y contra la moralidad pública" Comisión de Centroamérica; "Delitos contra la propiedad inmateral" Comisión de Uruguay; "Delitos contra el estado civil y el orden de las familias" Comisión de Ecuador; "Delitos contra el orden económico incluyendo monopolio, usura, cheques, bancarrota" Comisión Colombiana.

Durante el curso del presente año, las Comisiones deberán, según el caso, reelaborar los textos reenviados, hacer las observaciones que faltan y elaborar o empezar a elaborar sus ponencias sobre la Parte Especial del Código.

De este modo, al finalizar la Reunión Plenaria de Lima, se había logrado aprobar un considerable número de preceptos que abarcan un importante sector de la Parte General del Proyecto: ley penal; hecho punible; causas de justificación; imputabilidad; culpabilidad; autores y partícipes; reincidencia, habitualidad y profesionalidad; tentativa; y, por último, penas y medidas de seguridad; en total 47 artículos. Ponencias que comprenden el resto de la Parte General quedaron pendientes para la próxima reunión por los diversos motivos que se han señalado y, finalmente, quedaron distribuidos todos los capítulos de la Parte Especial a cuyo estudio y elaboración

se encuentran actualmente entregadas las distintas Comisiones de Trabajo.

Como se ve, el Código Penal Tipo es un proyecto en plena vía de ejecución cuya avanzada etapa de gestación requiere y justifica que se empiece a encarar el estudio dogmático de sus disposiciones. A esta tarea, limitada por el propósito de constituir un simple primer avance, reservamos la Segunda Parte de la presente tesis.

S e g u n d a   P a r t e

E S T U D I O   C R I T I C O

## Capítulo VI

### LA LEY PENAL

23.- La clasificación sistemática de la Parte General.  
24.-Aplicación de la Ley Penal en el espacio, en el tiempo y respecto de las personas. 25.- El problema de las reglas relativas a la interpretación de la ley. 26.- Nuestra opinión.

23. Los resultados francamente positivos obtenidos en las RP de México y Lima en lo que a la redacción de textos se refiere, nos permite un enjuiciamiento crítico de esos resultados desde un punto de vista exclusivamente científico.

El primer tema abordado fue el de la clasificación sistemática de la PG, sobre el cual presentaron ponencias las comisiones chilena y de Río de Janeiro, básicamente iguales ya que sólo diferían en pequeños detalles secundarios. (19) Se llegó rápidamente a un acuerdo unánime en el sentido de postergar este punto hasta tanto no se dispusiera de los materiales que van a ser ordenados sistemáticamente, con lo cual se evitarían discusiones excesivamente doctrinarias y no se perturbaría el rápido avance sobre materias ya despachadas por las distintas comisiones. En consecuencia, el asunto de la clasificación, remitida a los puntos y al orden que se indicaba en el temario propuesto por el Sec. Ej., fue aceptado como un

orden de trabajo o pauta de carácter práctico, pero no como una resolución respecto de la estructura definitiva del proyecto mismo de código. (20)

24. Se pasó, de este modo, al punto segundo del Temario, esto es, la Ley Penal de cuya redacción había sido encargada la C. de T. chilena.

En este capítulo es preciso distinguir aquellas partes en que la Comisión se limitó a dar forma de texto a los acuerdos adoptados en la RS, de aquellos otros que constituyen una proposición original de la C. chilena: preceptos relativos a la interpretación de la ley, incluyendo soluciones para el conflicto aparente de normas y otro precepto sobre definición de términos de uso frecuente en el código; condicionando el contenido específico de esta última disposición a la redacción que, en definitiva, se diera al articulado íntegro del código.

La primera parte no suscitó motivos particularmente controvertidos de debate (21) y con algunas modificaciones de terminología y redacción fueron aprobados ocho artículos que se dividen en tres párrafos: 1) aplicación de la ley penal en el espacio; 2) aplicación en el tiempo y 3) aplicación a las personas. El contenido de estos preceptos puede resumirse expresando que, tanto en su sistemática como en su orientación, se han seguido los principios dominantes en la doctrina, sin disonancias ni particularidades notables.

En la aplicación de la ley penal en el espacio se acoge el principio tradicional y básico de la territorialidad, complementado con las excepciones de extraterritorialidad que se admiten por aplicación de los principios de defensa (en los diversos casos que indican los Arts. 2º y 3º) y de la universalidad, que se remite a las convenciones o principios de Derecho Internacional. Se reglamenta también en este párrafo el reconocimiento, efecto y cumplimiento de las sentencias extranjeras.

En la aplicación de la ley penal en el tiempo, se estatuye el principio esencial de la irretroactividad de la ley penal, excepto la ~~ir~~retroactividad de la ley más benigna (incluso respecto de sentencias ya ejecutoriadas); se excluye expresamente la llamada "lex tertiae" y se indica que los hechos cometidos durante una ley temporal se juzgan siempre de acuerdo con ella (Arts. 7 al 10).

Este último punto, al que se dedica el Art. 10, se refiere a la ultraactividad de la ley temporal, predicamento que fue aceptado por una apreciable mayoría en la decimosexta sesión de la RS (13 Nov.), pero no sin recibir objeciones que es interesante recordar,

Al abordar el asunto, se partió de una premisa más o menos aceptada: la distinción entre leyes temporales y leyes excepcionales como dos entidades de naturaleza similar, pero diferenciada. Al paso que las leyes excepcionales deben quedar sometidas a las reglas generales sobre validez en el tiempo de la ley penal (excluyentes de la ultraactividad), las leyes temporales deben tener un efecto ultraactivo. El fundamento de esta ultraactividad se encuentra en la mayor gravedad del hecho cometido dentro de la época anormal que originó su dictación y que no puede borrarse por la simple circunstancia de que la situación temporal haya desaparecido antes de dictarse sentencia de término. (21 bis) En consecuencia, la ley temporal debía mantener sus efectos más allá de su vigencia y de ahí la fórmula del Art. 10 que se aprobó en la RM sin mayores dificultades.

Reconociendo la fuerza de los argumentos de la corriente dominante, compartimos las dudas inquietantes que JIMENEZ DE ASUA manifiesta en su voto particular disidente (vid. nota 21 bis), pues tampoco a nosotros acababa de convencernos la justicia de la solución y el real fundamento en que pueda descansar la distinción, sobre to

do hasta el punto de llevar a soluciones legislativas diametralmente opuestas. Como bien lo dice el Prof. español, resulta incongruente que por ser una ley extraordinaria o excepcional esté sometida a los principios de la ley más benigna, mientras que si la ley ha sido dictada no expresamente referida a una ocasión (la guerra, por ej.), sino a un lapso determinado de vigencia, mantenga su actividad no obstante que, en el fondo, en tales casos se trata de una misma valoración de gravedad de los hechos cometidos bajo el imperio de la ley temporal o excepcional, referida a un momento anormal. Parece, pues, que la primera de esa clase de leyes tampoco debería estar sometida a un régimen especial que le reconozca ultraactividad.

Por fin, en cuanto a su aplicación a las personas, se consagra el principio de que la ley penal se aplica sin distinción de personas, con las solas excepciones de las inmunidades que acepta el D. Internacional y de las inviolabilidades concretas que pueda reconocer la Constitución del Estado, Art. 11).

25. La segunda parte de la ponencia chilena provocó, en cambio, una gran resistencia por parte de la mayoría de los profesores concurrentes y fue, en definitiva, desestimada en su totalidad, salvo la reserva relativa a la regulación del concurso aparente de leyes. (22)

Contonía, agrupadas en tres artículos, diversas reglas de hermenéutica legal referidas a los siguientes principios: el valor prevalente del tenor literal de la ley; (23) a que lo favorable u odioso de una disposición no debe ser tomado en cuenta para ampliar o restringir su alcance; a la limitación de que un mismo hecho sólo podrá ser tomado en consideración una vez para la imposición de pena; a la prevalencia de las disposiciones especiales sobre las generales; a que con la sanción del hecho quedan igualmente sancionadas sus circunstancias inherentes, así como todos los hechos de menor gravedad

que le estén directamente vinculados o que constituyan una etapa de su ejecución y, finalmente, a la proscripción de la analogía.

La inclusión en el título relativo a la ley penal de un párrafo con reglas concernientes a su interpretación, lo justificaba la C. de T. chilena con la aspiración a suplir de este modo la inexistencia en algunos países del continente de reglas directrices para la interpretación y a contribuir a que la unificación legislativa no experimente una desvirtuación grave por la interpretación demasiado discordante del instrumento de unificación que es el CPT, sin perjuicio de que esas normas pudieran también regular la interpretación de las demás leyes penales nacionales, complementarias o accesorias.

Las críticas a la admisión de un título semejante tomaron, principalmente, dos direcciones: a) tales preceptos, no considerados en la RS, ofrecían el grave inconveniente de limitar innecesariamente "la actividad judicial en la identificación del contenido de valoración de la norma en el momento de su aplicación" en circunstancias de que, por su naturaleza, el CPT es un texto que debe ofrecer la suficiente flexibilidad para su adaptación a las condiciones locales conforme a la tendencia muy marcada en el DP moderno de adecuar la ley penal a las exigencias que prevalecen en el medio social en el cual esta ley debe ser aplicada (criterio del Prof. FRAGOSO) y b) al introducir en el texto del código normas sobre interpretación se crearía un problema gravemente insoluble sobre la jerarquía de las normas interpretativas en relación con las normas interpretadas: si se trata de simples normas al nivel de aquellas a cuya interpretación están destinadas, se produce una regresión sin fin, pues ellas a su vez necesitarían de otras normas que las interpreten y así hasta el infinito; en suma, no es admisible que una norma común se interprete a si misma.



Ahora, si se trata de una interpretación auténtica mediante normas de un grado superior, constitucional, y se refieren a principios que como el de reserva (proscripción de la analogía) no pueden ser silenciados, éstos ya están suficientemente consagrados en el título preliminar sancionado en Santiago "en el cual se establecen los principios políticos, supra jurídicos... que, efectivamente, marcan la estructura de la ley penal y, en consecuencia, la forma en que ella debe ser interpretada." Esta posición fue mantenida especialmente por el Prof. SOLER. (24)

En una intervención que unánimemente fue calificada de extremadamente hábil y brillante, el relator de la C. Chilena, Prof. ETCHEBERRY, defendió la tesis mantenida por este grupo de trabajo. (25) Su propio autor la resume así: "La Comisión Chilena argumentó en favor del mantenimiento de estas disposiciones, sosteniendo que ellas no significaban un estorbo, sino una ayuda para el juez, incluso de carácter pedagógico; que se limitaba a señalar los principios fundamentales de interpretación en sólo tres artículos; que por lo que tocaba a proscripción de la analogía era indispensable consignarla, ya que el código hasta el momento no tenía ninguna disposición que consagrara positivamente el principio nullum crimen sine lege, sino una mera declaración de principios; que resolvía problemas técnicos importantes, como los relativos al concurso aparente de leyes y, por fin, que la diferente jerarquía lógica de estas disposiciones no había sido entre nosotros obstáculo práctico para que el código civil las estableciera y que, por lo demás, idéntico reproche podría formularse a las disposiciones sobre reforma constitucional, que sin embargo están incorporadas a casi todas las constituciones sin problemas prácticos". (26)

Esta defensa no logró variar las posiciones adoptadas por los concurrentes y tras un debate en que se reno-

varon las argumentaciones ya señaladas, el proyecto fue rechazado por ocho votos negativos contra dos a favor de la inclusión. (27)

Para enjuiciar debidamente este acuerdo de la RM, estimamos que deben distinguirse en el proyecto chileno rechazado las normas sobre concurso aparente y el precepto que excluye la analogía de aquellos otros que co tienen reglas de interpretación propiamente tales.

Lo relativo al concurso aparente de leyes quedó debidamente a salvo al hacerse la formal reserva de que es una materia que deberá regularse expresamente en el CPT "en su oportunidad". La cuestión de su sistematización no significaba en esos momentos un problema de verdadera inportancia frente al acuerdo que sobre la sistematización de la PG del CPT se había adoptado poco antes. (28) Si bien su inclusión entre las reglas de interpretación (suponiendo la existencia de éstas) nos parece adecuada, tampoco juzgaríamos desatendible incluirlas en el título sobre la aplicación de la ley (al fin y al cabo, la interpretación es un medio o forma de aplicación) o en un capítulo propio dentro del título general de la ley penal o junto con las reglas para los demás concursos, aun que esto último nos parece lo menos correcto. (29)

En cuanto al rechazo del Art. 16 del texto propuesto por la C. Chilena (analogía) y pese a que el Prof. JI-NEZ HUERTA (30) y otros asistentes se pronunciaron por dejarlo a salvo al igual que los preceptos sobre concursos, dicho rechazo se debió, sin duda, a que la mayoría estimó (31) que el asunto se encontraba suficientemente resuelto con la declaración de Principios aprobada en Santiago (Principios I al IV), según la opinión defendida por el Prof. SOLER. Sin embargo, ya tuvimos ocasión de manifestar (32) que los antecedentes sobre la génesis y debate de esta declaración demostraba, a nuestro entender, que el pensamiento de SOLER era erróneo. En consecuencia, si aquellos principios son solamente programáticos y sin

ninguna jerarquía de ley (y menos de supernorma), resulta indispensable que el texto del código contenga preceptos que consagren en todos sus aspectos y con una adecuada formulación técnica, el principio de legalidad y, por ende, del rechazo de la aplicación de la ley penal por analogía con lo cual sólo se cumpliría un acuerdo expreso votado en Santiago. (33) La otra solución consiste en que una declaración formal de la CR le otorgue a la DP la naturaleza de un título preliminar con fuerza de ley. (34)

26. Con la supresión de las reglas interpretativas propiamente tales no creemos, en cambio, que el CPT se haya resentido y, más bien, nos inclinamos por la opinión mayoritaria. Pero no nos parece necesario compartir el planteamiento de SOLER sobre la "insuperable" contradicción lógica creada por la igualdad jerárquica de las normas interpretativas e interpretadas, punto acertadamente rebatido por ETCHEBERRY desde esa misma perspectiva, sino porque, además, al estar dirigidos al Juez, son preceptos igualmente vinculatorios que, incluso, sirven para su propia interpretación toda vez que contienen ideas perfectamente claras e inteligibles por si mismas. En este sentido, el valor pedagógico a que se refiere ETCHEBERRY no deja de ser un aspecto estimable. (35)

Más fuerza nos hacen las objeciones de FRAGOSO. Reglas de hermenéutica expresamente legisladas pueden constituir una grave limitación o perturbación en la labor del juez penal, en su inmensa mayoría no habituados a este sistema. Pero, por sobre todo, nos parecen innecesarias. No es, pues, que se tuviera recelo a los efectos que podría producir lo que se calificaba como "un tema novedoso", sino una reafirmación de su carácter superfluo, verdadera razón de que no ~~le~~ contengan los códigos penales vigentes latinoamericanos ni figuren en los proyectos más modernos, americanos o europeos.

La verdad es que la idea, como tal, poco tiene de novedosa y la sola circunstancia de su particularización al sector penal no le podría conferir legítimamente ese rango. Las leyes interpretativas obedecen al concepto -hoy bastante trasnochado- de la misión "matriz" del derecho civil, cuyos códigos "debían" contener un título sobre la ley, de general aplicación para el resto de los ordenamientos normativos. Este es el caso -como tantos otros- del CC chileno (1855) que en el título preliminar, entre sus numerosos párrafos ("de la ley", "promulgación de la ley", "efectos de la ley", etc.), contiene uno dedicado a la "interpretación de la ley" por cierto que de gran calidad y estilo. Ha inspirado una larga, respetable y arraigada tradición en los juristas chilenos a la que los miembros de la C. de T. de ese país no pudieron ni quisieron sustraerse.

La formulación expresa en la ley de algunas reglas de hermenéutica nos parece, decíamos, un sistema peligroso e innecesariamente limitado y limitativo (de ahí su peligro) de una función esencial del juez penal, como es la función de juzgar, o sea, de aplicar la ley penal conforme a la real voluntad de esa ley, dentro de los límites que en su misma aplicación impone el juego de las garantías (principio de reserva, etc.). Para realizar dicho cometido el juez dispone de una compleja técnica que le proporciona la ciencia del derecho, o la hermenéutica si se quiere, pero no la ley, que podrá, a lo sumo, haber recogido "algunos" de los tantos principios o elementos que enriquecen esa técnica y que el juez utilizará o no utilizará (al menos que se trate de los preceptos limitativos vinculados a dichas garantías) según el razonamiento técnico-jurídico que se desarrolle en su fuero interno, en su conciencia, y para lo cual será perfectamente indiferente (36) que los principios o elementos que sirvan de apoyo a ese proceso lógico estén o no estén formulados expresamente en la ley. De ahí la falta de utilidad o de necesidad de estos preceptos: los prin-

cipios o elementos del razonamiento lógico-jurídico, que es la interpretación de la ley, siempre tendrán actual vigencia, al margen de lo que la ley misma disponga y estarán sujetos a variaciones eficaces, también al margen del derecho positivo.

Por los mismos motivos, estimamos como meramente académica una pretendida "jerarquización" de las normas interpretativas, como la proponía la ponencia chilena, respecto del tenor literal de la ley, en cuyo punto y frente a la necesidad de tener que optar entre el criterio de la mayoría de la C. chilena y el del voto disidente, no vacilaríamos en acompañar a este último. No sólo porque, como bien lo demuestra ETCHEBERRY en la fundamentación de su voto particular, esa prioridad es falaz (bien puede ser legítima una búsqueda de la voluntad de la ley a pesar de su claro tenor literal), sino porque toda cuestión interpretativa sólo se nos suscita a partir del momento en que el tenor de la ley nos ofrece una razonable duda sobre su claridad.

## Capítulo VII

### EL HECHO PUNIBLE

27.- La ponencia de Río de Janeiro. 28.- Cuestión terminológica. 29.- Conveniencia de definir el delito. 30.- Relación de causalidad. 31.- Tiempo y lugar del delito. 32.- La comisión por omisión: fórmula de la ponencia. 33.- Posición contraria. 34.- Planteamiento general sobre los delitos de omisión "impropios". 35.- Perspectiva de lege-ferenda. 36.- El deber de garantía y la fórmula legal aprobada.

27. El siguiente punto del temario era "El Hecho Punible"; relación de causalidad; lugar y tiempo del delito. Lo tenía a su cargo la C. de T. de Río de Janeiro que presentó un proyecto de texto de gran concisión (tres artículos) y calidad técnica cuyas características eran a) no definía el delito; b) tampoco regulaba la relación de causalidad; c) en cuanto al tiempo del delito, daba preferencia al momento de la acción sobre el momento del resultado; d) respecto del lugar, optaba por la teoría de la ubicuidad, es decir, consideraba ejecutado el delito comisivo tanto en el lugar en que se desarrollaba, en todo o en parte, la actividad delictiva como en el del resultado y, en los delitos omisivos, el lugar en que debería realizarse la acción omitida; e) distinguía las formas de comisión y de omisión y en cuanto a la denominada "comisión por omisión" seña-

laba taxativamente las fuentes de donde podía provenir en tal caso el deber de actuar: la obligación legal de guarda, protección o vigilancia; el comportamiento precedente que ha creado el riesgo (aun sin culpa) y la asunción voluntaria de la responsabilidad de impedir.

28. Antes de pasar al examen de todos estos aspectos, deseamos hacernos cargo de una cuestión terminológica, pues aunque en muchas ocasiones estas cuestiones tengan una importancia secundaria, en otras la tienen en un grado mucho más significativo como es, a nuestro juicio, la denominación "elíptica" utilizada en los epígrafes y en los textos para nombrar aquello que no es otra cosa que el delito. Para un código penal y, todavía, para un CP modelo el asunto no parece baladí y justifica que nos detengamos para reflexionar sobre el punto, si quiera sea brevemente.

El uso de la expresión "hecho punible" en lugar de "delito" nos parece particularmente desafortunado. Pueden ser comprensibles las razones que motivaron su empleo en el tenario y en la distribución de materias hecha por el Sec. Ej. y que, al parecer, eran las de buscar un término que abarcara tanto al delito propiamente tal como a las faltas y que, además, fuera lo más "neutro" posible; pero estas razones no justifican en modo alguno que se mantuviera la denominación como definitiva en los textos aprobados.

El problema de las faltas o contravenciones, como bien lo señalara JIMENEZ DE ASUA, (37) no era tal desde el momento en que se acordó no incluir esta discutible especie delictiva en el CPT. (38) En cuanto a la neutralidad de la expresión, el problema no varía porque "hecho punible" no puede ser, racionalmente, otra cosa que el delito en sentido lato. Ahora bien, el título del capítulo debe tener precisamente ese significado puesto que va a comprender todos los elementos o características de una entidad que conocemos en la ciencia y en el derecho penal

como delito. Y lo mismo ocurre con los epígrafes que como el del tiempo, lugar y formas del "hecho punible" se están refiriendo igualmente al delito como complejo sintético y no a alguno de sus elementos o ingredientes singulares, en cuya regulación si que cabría -a falta de otros vocablos más ajustados que a nuestro entender existen- el empleo de "hecho" pero en tal caso, sin el apellido de "punible" que lo convierte en sinónimo de delito. (30) El propio SOLER, partidario de utilizar "hecho" en el texto de los preceptos cuando se tratara de connotar el acto típico desprovisto de toda valoración subsecuente (antijuricidad, culpabilidad...), se cuidó muy bien de indicar como, a su juicio, el título del capítulo debía rotularse con la expresión genérica "El Delito". (40)

Entonces, resulta difícil explicarse porque terminó imponiéndose -en contra de la opinión autorizada y no contradicha de numerosos participantes- (41) una expresión que ni siquiera se justifica en aras de una uniformidad lexicográfica, puesto que el vocablo "delito" o su derivado "delictuosa" persisten en los textos aprobados (Art. 2º letra a) y Art. 2º inc. final).

Hecho punible, además de su muy dudoso gusto como forma literaria, ofrece graves inconvenientes de diversa índole. Representa, por de pronto, una suplantación innecesaria, con prurito innovador y reminiscencias de idiomas y problemas extranjeros, (42) de un vocablo al que nuestra lengua le reconoce un preciso y claro contenido semántico y cuyo uso pacífico se encuentra absolutamente generalizado en todos los textos escritos en español.

Pero, sobretodo, acusa un fuerte sabor naturalista (más que causalista) que es peligrosísimo y del todo incompatible con la naturaleza del delito que es esencial e indiscutiblemente un quehacer del hombre, una actividad en sentido lato (comprensiva, pues, de la omisión) humana. (42 bis) Cuando otras ramas del derecho que, por razones obvias, no han trabajado con tanto finura como la ciencia



penal los aspectos subjetivos del derecho, ya distinguen desde muy antiguo en forma neta "el hecho jurídico" del "acto jurídico", nos parece que con la expresión criticada el CPT se hace eco de un retroceso que aunque sea solamente idiomático no deja por ello de ser inadmisibile. El peligro cobra un sentido más incisivo si se advierte que esta terminología no sólo es retrógrada, sino que podría servir de punto de apoyo a quienes quisieran sostener (si bien infundadamente) que el CPT se encuentra alieneado en una posición causalista. Sabemos que no es así y por eso mismo se deben evitar cuidadosamente los riesgos de falsas interpretaciones.

Finalmente, la expresión es equívoca y utilizada en la forma en que quedaron aprobados los textos impide las diferenciadas modulaciones, que SOLER deseaba ver claramente resaltadas, entre el delito como síntesis conceptual y el mero acontecer externo o hecho. (43) Desde luego, habría sido más correcto seguir el planteamiento del profesor de Buenos Aires con absoluto rigor, pero, aún así, estinamos que para designar esa fase externa se dispone de términos más ajustados y generalizados en el vocabulario de nuestra especialidad.

Confiamos en que durante las futuras revisiones del Proyecto estos inconvenientes lexicográficos serán superados.

29. No definir el delito en el texto del Código nos parece que es la solución más adecuada. Esta es una tarea que le corresponde a la dognática de acuerdo con los elementos constructivos que le proporciona la ley. Una definición por parte de ésta, sea puramente formal o material, es inútil o, lo que es peor, peligrosa por sus inevitables limitaciones y tomas de posición. La unanimidad de pareceres existente sobre el punto en la RM se reflejó en la rapidez con que se llegó a un acuerdo en tal sentido. (44)

30. Como adelantamos, la ponencia de Río de Janeiro tampoco contenía preceptos reguladores de la relación de causalidad, no obstante ser un punto que figuraba en la distribución del tema y en la agenda para la RM.

El criterio negativo predominante en la C. de T. de Río se basó, en síntesis, en lo siguiente: la causalidad provoca graves discrepancias que conducen a situaciones de gran confusión en la aplicación de la ley penal y la experiencia recogida por medio de los códigos que incorporaron normas sobre causalidad -entre ellos el italiano y el brasileño- ha demostrado que no es posible obtener una fórmula "técnica y científicamente irrefutable para resolver los grandes problemas de la causalidad, especialmente los llamados casos de interrupción del nexo causal y la llamada causalidad de la omisión". (45)

En discrepancia con ese planteamiento negativo estuvo el Presidente de la Comisión, Profesor Nelson HUNGRIA. Para este ilustre penalista brasileño, el CPT debía regular la relación de causalidad porque si ésta es un presupuesto de la responsabilidad en cuanto que a nadie lo puede ser imputado un hecho -a título de dolo o de culpa- sin que, al menos, haya sido su antecedente causal, es necesario que sea fácil identificar, mediante reglas legales, el caso fortuito y el hecho de tercero "de modo de dejar bien en claro que nadie puede responder sino por aquello a que dió causa". La expresa repulsa de la responsabilidad objetiva no es legislativamente suficiente como lo demuestra, por ej., el moderno código para Etiopía de J. GRAVEN, el que no obstante manifestar ese repudio (Art. 57) reglamenta la relación de causalidad en el Art. 24. Además, omitir su disciplina legal es dar paso a los antiguos criterios sobre la concausalidad y no es efectivo que el asunto no pueda plantearse con plena validez en los delitos omisivos (y particularmente en los de comisión por omisión) si junto con el concepto puramente normativo se considera la existencia de un concepto natu-

ralístico: el no impedir el evento, pudiendo hacerlo, resulta una condición de su producción y, en ese sentido, la omisión es causa del evento que se debió impedir. (46)

No prevaleció, sin embargo, esta idea, apoyada solamente por la C. de San Pablo (Prof. DA COSTA) y el resultado de la votación que se llevó a efecto para decidir el asunto (47) no puede ser más elocuentemente demostrativa de cual era el criterio predominante en la sala, criterio adverso expuesto por diversos oradores si bien desde puntos de vista no siempre coincidentes.

Por cierto que la doctrina podría (48) llegar a encontrar una fórmula adecuada que satisficiera las exigencias fundamentales sobre las cuales el problema suele plantearse, pero en su estado actual, aun desde un ángulo estricto de lo que pudiéramos llamar la doctrina tradicional (precisamente causalista) son -como bien es sabido- tan diversas y discordantes las distintas teorías que se disputan el campo, que la tarea de pronunciarse por alguna de ellas habría consumido estérilmente las energías de la asamblea sin que, seguramente, se hubiese llegado a una fórmula aceptada siquiera por una simple mayoría circunstancial. A menos que se hubiese encontrado una fórmula tan amplia y tan neutra -como insinuara el Prof. REYES- que hubiese satisfecho, sino a todos al menos a una mayoría (quizás la equivalencia de las condiciones entendida como simple hipótesis inicial de trabajo o de investigación procesal, pero, por lo mismo, sin ninguna significación científica ni práctica). Además era muy necesario tener presente las experiencias, indiscutiblemente desfavorables, proporcionadas por aquellas legislaciones modernas que han pretendido regular la causalidad. (49)

Sin embargo, el problema se presentaba todavía más delicado pues no es posible desconocer que las bases mismas sobre las que descansa el planteamiento del asunto de la causalidad en derecho penal, se encuentran en serio

entredicho. No es necesario optar a fardo cerrado, por la doctrina finalista para admitir que si se plantea este problema a partir de la interrogante de "quien es el autor" y no de "cual es la causa del resultado" los términos del mismo habrán de cambiar sustancialmente. (50) La solución, por tanto, no podía ser otra que la adoptada por la RM.

31. No merece reparos ni mayores comentarios las soluciones acogidas por la asamblea en orden al tiempo y al lugar del delito. Fueron aprobados (51), con algunos cambios de redacción (52), los artículos primero y segundo propuestos por la C. de Río. La preferencia que sobre el momento del resultado se da al momento de la acción y de la teoría de la ubicuidad en una fórmula amplia, comprensiva de la participación y de la tentativa, que considera cometido el delito tanto en el lugar en que se desarrolló la actividad delictuosa como el lugar en que se produjo o debió producirse el resultado y, en cuanto a los delitos omisivos, en el lugar donde debió tener lugar la acción omitida, son las soluciones técnicas que mejor se ajustan a la doctrina dominante.

32. El Art. 3º de la ponencia de Río de Janeiro, con una redacción bastante confusa, describía las formas básicas del delito: acción y omisión (propianente tal) y, por otra parte, regulaba la forma particular llamada de "comisión por omisión", indicando determinadamente las fuentes del deber jurídico de actuar que hacía consistir, como se dijo, en la obligación legal de guarda, protección o vigilancia; el comportamiento precedente que ha creado el riesgo y la asunción de la responsabilidad de impedir. Este último asunto o indicación de las fuentes del deber de actuar- suscitó una viva polémica y dió lugar a un debate de gran interés.

El sistema propuesto por la C. de Río fue defendido por su relator, Prof. FRAGOSO, en diversas oportunidades. En la justificación general de la ponencia, expuesta cuan

do se empezó a examinar el tema sobre "el hecho punible", explicó el relator que en materia de delitos comisivos por omisión, única hipótesis expresamente reglamentada, su Comisión adoptó un criterio restrictivo enumerando las fuentes del deber de impedir el resultado en la forma que da cuenta el Art. 3º de la ponencia, añadiendo que la fórmula "quien asumió la responsabilidad de que el resultado no aconteciera" había parecido preferible a la indicación del negocio jurídico como fuente del deber de actuar porque no es propiamente del contrato que surge la obligación de impedir el resultado, pero si por asumir una responsabilidad social que impone al contratante una posición de garante libremente aceptada, razón por la cual no prevalecen en el caso las limitaciones que emanan del derecho privado y del contrato mismo. Así... siendo la más amplia, nos pareció la fórmula preferible". (53) Más adelante el Prof. FRAGOSO habría de agregar otros argumentos a la defensa apasionada de su tesis: la alternativa de una fórmula general conduciría a una extensión muy peligrosa por la posible cabida de la idea, hoy muy difundida en Alemania, acerca de la existencia de un específico deber de solidaridad social como uno de los fundamentos del deber de impedir; la situación cultural de los países americanos no permite acogér formulas europeas basadas en deberes exclusivamente morales; una indicación precisa de las fuentes es una guía mucho más segura para los jueces y constituye una importante garantía al excluir las dudas e imprecisiones y al evitar una extensión desmesurada -contraria al principio de legalidad- de los tipos penales; por fin, la fórmula propuesta es lo suficientemente amplia para abarcar las situaciones en que efectivamente existe un deber de solidaridad social. (54)

Un apreciable número de concurrentes se agruparon en torno a la posición de FRAGOSO. Entre ellos es imprescindible destacar al Prof. SOLER para quien los delitos de comisión por omisión son siempre delitos dolosos (55) que, además, revisten una característica de especial perversidad por el modo "oblicuo" utilizado en su perpetración. En consecuencia, se trata de formas delictivas que pueden llegar a los supuestos más graves y de más severa punibilidad, lo que obliga al legislador -sin perjuicio de las hipótesis especialmente previstas en la Parte Especial- a ser extraordinariamente cauto en la fórmula de equiparación porque se trata de normas constitutivas de responsabilidad penal y, en estos casos, las fuentes de responsabilidad no pueden quedar abiertas, indefinidas o en blanco sin transgredir principios fundamentales de política criminal. Las fuentes del deber de impedir el resultado deberían ser, pues, establecidas de una manera rigurosamente definida, como lo propuso la C. de Río de Janeiro. Ello no excluye por otra parte, que tipos especiales recojan en figuras específicamente definidas aquellas concretas omisiones originadas en una falta de solidaridad social que el estado actual de nuestra cultura hace exigible. (56)

33. La posición contraria que originó el otro polo del debate se reducía -al menos en su aspecto formal de la confrontación- a la diferente fórmula que propugnaba para consagrar legislativamente el deber de impedir el

Desde este último punto de vista los delitos de omisión pueden ser: 1. Delitos de omisión pura o simple, cuyo tipo considera bastante para la punibilidad la conducta omisiva en si misma, con independencia de todo posible resultado no impedido; 2. Delitos de omisión con resultado en los cuales, de acuerdo con el tipo legal, la conducta omisiva va ligada a un resultado concreto que se debió impedir y que, al verificarse, completa la figura punible (61) y 3. Delitos omisivos llamados de comisión por omisión que se dan en los casos en que el tipo legal se limita a castigar la producción de un resultado prohibido por la norma (delitos de resultado, norma prohibitiva) siéndole indiferente que dicho resultado sea el efecto de un hacer positivo (delito de comisión) o de un no hacer (delito de omisión). Luego lo que determina, en primer lugar, si un delito de resultado puede ser cometido por omisión es el sentido del tipo. Pero la forma en que la ley vincula la omisión al resultado que debió evitarse (vinculación normativa) nos parece igualmente indispensable ya que la omisión no figura como elemento de la descripción típica. (62)

De la tripartición expuesta se deducen algunas consecuencias que son, a su vez, premisas importantes no sólo para una labor dogmática sino para un adecuado tratamiento legislativo del problema.

Desde luego, todos son delitos de omisión, propiamente de omisión, porque en las tres hipótesis examinadas la conducta del agente consiste en un signo pasivo, en un no hacer que se enfrenta al hacer normativamente exigido y, por lo tanto, su estructura ontológica es siempre la misma. Ahora, mientras que en la primera hipótesis la simple omisión es suficiente para satisfacer el tipo, en las otras dos, la omisión se encuentra vinculada a un determinado resultado, es decir, se trata exactamente de lo mismo que ocurre con los delitos de acción, en unos basta la mera conducta; en otros, la conducta activa va necesariamente ligada a un resultado. De ahí que no nos parezca

afortunada la denominación de "omisión impropia" o de "delitos impropios de omisión" porque en ningún caso la omisión puede equivaler a convertirse -en contra de la naturaleza misma de las cosas- en una acción, o sea, en una omisión "no propia". (63) La equiparación que se produce en los casos comprendidos en la tercera hipótesis (delitos de comisión por omisión) consiste en que se admite que determinados resultados, cuya producción se encuentra prevista como delito por la ley, se puede realizar, además de por acción, por medio de una omisión jurídicamente no tolerada con lo que, efectivamente, el delito se comete. De ahí también que la terminología "comisión por omisión", además de ser indispensable para designar una específica categoría de delitos, sea conceptualmente correcta. (64)

Pero a partir de la nota común omisión, los tres grupos de delitos señalados acusan claros rasgos diferenciales.

En los delitos de omisión simple (propia, en la terminología tradicional) el tipo se agota con la mera omisión al paso que en las dos categorías siguientes es indispensable la existencia de un resultado. Sin embargo, en la omisión simple como en la omisión con resultado, se trata de tipos expresamente descritos por la ley y que únicamente pueden consistir en una omisión; por el contrario, el último grupo pertenece a los delitos de resultado, mas la forma omisiva no se encuentra descrita expresamente en el tipo legal, el que se limita a admitir, por su sentido, esa posibilidad; se trata, por lo tanto, de tipos que consienten indistintamente una u otra forma de conducta.

Quedan, de esta manera, circunscritas las características estructurales de los delitos de comisión por omisión:

a) son delitos de omisión porque, en su esencia ontológica, consisten en una conducta de signo pasivo (non facere).

b) son delitos de resultado, pues el tipo no se agota con la omisión, sino requiere se verifique el resultado prohibido;



c) son delitos que, bajo esa forma, no están expresamente regulados por la ley: se vinculan a aquellos tipos cuyo sentido es el de sancionar el hecho producido con independencia de cual sea la forma -activa o comisiva- utilizada para lograr el resultado penado.

Esta importante característica sitúa a los delitos de comisión por omisión en el movedizo terreno que WELZEL denomina "tipos abiertos" o que "necesitan ser completados"; en ellos el juez, para constatar la antijuricidad, necesita "completar previamente el tipo mediante el criterio que se deduce de la ley... o de un juicio valorativo independiente". (65)

En efecto, dichos delitos aparecen en parte legislados o legalmente determinados y en parte dependen de la integración del tipo legal que debe hacer el juez conectando la omisión cuyo efecto fue el de no impedir el resultado, con el tipo cuya exigencia era la de impedir el evento. No se trata, pues, de delitos absolutamente no escritos como se ha querido sostener por algunos. La obligada conexión con un tipo escrito cuyo sentido predominantemente orientado en la prohibición del evento, tolera la forma omisiva "de comisión" importa, desde luego, un evidente ~~sometimiento~~ a la norma tipificada. (66) En puridad, la misma situación se produce con los delitos culposos y, en general, con todos los elementos normativos del tipo que requieren la integración judicial mediante "el juicio valorativo independiente" del juez. Por fin, la fundamentación legal de la equiparación, que para nosotros es indispensable, constituye un nuevo elemento de concreción preceptiva.

Pero todo esto no excluye, claro está, por la parte que ineludiblemente permanece "abierta" y sea cual sea la intensidad del fundamento legal de equiparación, que los delitos de comisión por omisión representen un efectivo anago al principio de legalidad. La debida salvaguarda de este principio, enfrentada a las apremiantes necesidades de justicia material que exige que se evite la impunidad de omisiones, que dentro de esa idea de justicia,

equivalen al acto ejecutivo de un hecho legalmente incriminado, son los extremos entre los cuales se mueve el aspecto capital del fundamento de la equiparación entre comisión por omisión y comisión activa; (67)

d) En los delitos de comisión por omisión, el vínculo necesario entre esta última y el resultado descrito por el respectivo tipo legal, debe estar fundado insoslayablemente en un dispositivo de la propia ley penal. Esta condición nos parece absolutamente esencial en un régimen de Derecho Penal liberal. (68)

Reconocido el fracaso de los criterios causales para explicar la equivalencia entre la comisión por omisión y la conducta activa (69), la doctrina dominante en la actualidad afirma el nexo para que una omisión pueda equivaler -por no haberlo impedido- a la acción causante del resultado típico, sobre un apoyo normativo: el deber de actuar.

A partir de esta idea básica, sucesivas concreciones van delimitando el concepto: la configuración de un delito de comisión por omisión presupone necesariamente la existencia de un deber de actuar, pero no son suficientes los meros deberes morales, ni siquiera los simples deberes jurídicos. Es necesario un deber jurídico de obrar especial que imponga por sus características, una obligación concreta que convierta al obligado en garante de que el resultado prohibido no se verificará. Es el "deber jurídico de garantía" que, en relación a determinadas personas, coloca a éstas en la posición de garante.

La posición de garante que impone personalmente la obligación jurídica de garantizar la no producción del resultado típico, es el fundamento exacto de la equivalencia entre omisión y acción. Este deber jurídico de garantía puede emanar de diversas fuentes que en este momento no vamos a mencionar. (70) Lo que importa señalar desde ahora, es que, bajo la fórmula que se considere más apropiada, lo que en caso alguno podía faltar en el CPT, es la declaración expresa de la ley en orden a que el funda-

mento de equiparación se encuentra en la posición de garante, en el deber jurídico de garantía. Esta es una condición fundamental dentro de los distintos filtros legales que reducen a un mínimo tolerable la limitación al principio de legalidad.

En cuanto a la situación de este deber en la estructura técnica del delito, es obvio que por su naturaleza normativa dicho deber se mueve en el terreno de la antijuricidad; sin embargo -dicho sea de paso- nos parece acertada la distinción, defendida por MAURACH (71) entre "los datos reales que conducen al deber de evitar el resultado" y el deber mismo, que es "una consecuencia derivada e independiente" de los primeros. Al paso que aquellos (situación fundaméntadora del deber) son características del tipo, son elementos de éste; el deber, como tal, pertenece a la antijuricidad. La distinción tiene importancia, como se comprende, para el tratamiento del error. Aun es posible agregar que, dentro del tipo, tales elementos son una "característica objetiva del autor" porque solamente responden por su omisión aquellas personas que se encuentran precisamente en la "situación fundaméntadora" del deber jurídico de garantía; (72)

e) La omisión, en principio, tanto puede ser dolosa como culposa; estos elementos no configuran distintos y opuestos grupos de delitos. (73)

35. Ahora, situándonos en la perspectiva de lege ferenda desde la que nos corresponde enjuiciar todas las realizaciones del CPT, empecemos por advertir la trascendente importancia que han cobrado en nuestra época todas aquellas situaciones criminológicas que están directamente relacionadas con los delitos de omisión. Acorde con este estado de cultura y de opinión generalizados en el mundo y de los cuales participan los países latinoamericanos, el Estado contemporáneo, junto al clásico sistema de abundante prohibiciones y escasos mandatos, pone al individuo ante unos imperativos de conducta cada

vez mayores y más intensos que se proyectan tanto en el sentido de exigir, bajo amenaza de sanción penal, que se realicen determinados actos de necesidad o de utilidad social como el de obligar, de acuerdo con ciertas circunstancias o deberes, a que se actúe eficazmente para evitar eventos constitutivos de una lesión o de un peligro para los bienes amparados por la tutela jurídico penal. En cuanto a este último aspecto, no hay duda que la solidaridad social, tal como la entendemos en la actualidad, juega un papel fundamental y, en principio, razón tiene JIMENEZ DE ASUA cuando escribe: "en el grupo de los auténticos delitos de comisión por omisión es forzoso situar... aquellos que surgen de deberes morales exigidos hoy por el hecho de vivir en sociedad". (74) Suponemos que, en lo íntimo, ningún concurrente a la RM estuviera en desacuerdo con el fondo de esta afirmación. Pero la dificultad consistía -y de ahí las hondas disidencias- en encontrar la fórmula práctica para configurar eficazmente esas premisas por todos aceptadas con la necesidad -también admitida por todos- de resguardar debidamente las garantías individuales, de no trasgredir el principio de legalidad formulado como principio fundamental que debe guiar al CPT.

Una primera respuesta a la difícil interrogante la encontramos, a nuestro juicio, en el carácter de proyectista (de legislador en cierto modo) que tiene la CR. No se está haciendo dogmática, sino proyectando un código nuevo con entera libertad para elegir las fórmulas y los medios que la técnica penal pueda proporcionar de acuerdo con los fines y postulados que la propia CR ha descrito como marco y meta del código (DP).

Ello significa, prácticamente, que una parte del problema se podrá y se deberá solucionar por medio de la PE del Código. (75) Tanto por la vía de las simples omisiones punibles como por la de las omisiones anudadas a un determinado resultado lesivo, la CR está en situación de resolver, acuñando los respectivos tipos, un número

considerable de los casos que la experiencia criminológica o la legislación comparada señalan como hipótesis en que el mero no hacer o el no hacer que determina un resultado que se debió evitar, deben ser objeto de incriminación. Así, junto a omisiones digamos "más tradicionales", delitos como el de omisión de socorro (directo o a la demanda de socorro ajeno); de omisión de auxilio a menores, de omisión del deber de evitar ciertos delitos; de fuga del lugar del accidente, etc., son figuras que serán, con seguridad, cuidadosamente reglamentadas en la PE del CPT.

Podría pensarse que de este modo estamos propugnando que la integridad del problema sea resuelto exclusivamente en el ámbito de la PE. Bien sabemos que, por desgracia, este criterio no es admisible. Sin perjuicio de tipificar con la mayor extensión que sea razonablemente posible los supuestos más significativos y graves, siempre quedará abierta la posibilidad de que se puedan cometer por omisión delitos de resultado no previstos especialmente bajo forma omisiva porque ello -como dice WELZEL- más que un problema de técnica legislativa (76) es una cuestión que se encuentra originariamente en la naturaleza de las cosas, ya que es prácticamente imposible describir todas aquellas omisiones que merezcan ser equiparadas.

Con lo cual se llega a la evidencia de que delitos de comisión por omisión, de acuerdo con los caracteres que les hemos atribuido, seguirán subsistiendo en el CPT y que era indispensable ocuparse de ellos en la PG, para establecer el fundamento legal de la equiparación. Es el único camino que permite afrontar y solucionar, aunque sea parcialmente, el grave obstáculo que se interpone en la construcción de tales delitos: el principio del nullum crimen sine lege previa. Ahora bien, un silencio de la ley habría significado, a nuestro entender, o un rechazo cerrado de esas formas punibles (con

la consiguiente impunidad de conductas sin duda merecedoras de castigo) o una trasgresión abierta y total de aquel principio, si se admitía una libre evaluación del juez respecto de la exigencia del deber de actuar.

Esta es, pues, la segunda respuesta: el código penal debe contener un dispositivo de aplicación general que consagre la posición de garante, esto es, el deber jurídico específico de impedir, como necesario y exclusivo fundamento de los delitos de comisión por omisión cuyos tipos "incompletos" deberá completar el juez con los criterios jurídicos que le proporcione dicho dispositivo legal.

De este modo, se van cumpliendo, en sucesivas delimitaciones concéntricas, los caracteres o "filtros" legales que sitúan a los delitos de comisión por omisión dentro de un marco que no rebasa lo límites plausibles que, en el derecho penal moderno, fija el principio de legalidad. (77) Por de pronto, una importante serie de omisiones graves y de real trascendencia criminológica estarán ya resueltas, en tipos concretos, en la PE; enseguida, ninguna omisión será equiparable si el sentido del tipo, al cual se pretenden anudar, no tolera la forma omisiva (tipos, como vinos, de resultado necesariamente dependiente de un hacer activo) y, por último, la omisión "equiparable" solamente podrá equipararse efectivamente, en el caso concreto, si se puede fundar en una situación personal que, por la posición de garante deducida de un juego de preceptos legales, coloque al omitente en la obligación jurídica de haber evitado el resultado típico que pudo evitar. (77 bis)

36. El deber de garantía debe estar consagrado en la ley penal; sobre ello no hay cuestión. Pero ¿debe estarlo en una forma amplia o con una indicación taxativa de todas las posibles fuentes del deber?. Nuestra respuesta a esta última interrogante, que tan tajantes

desidencias y discusiones provocó en el seno de la RP, está, en realidad, contenida en las afirmaciones precedentes.

Por cierto que el deber de garantía, la posición de garante, puede emanar de diversas fuentes. Los autores han señalado, en síntesis, la ley, el negocio jurídico o la situación de riesgo creada precedentemente por el propio omitente. Sin embargo, esta tripartición no es pacífica ni en su número ni en su formulación como lo demuestra, sin ir más lejos, la propia ponencia de Río (que alteró sensiblemente la estructura de las tres fuentes "clásicas") y las demás ponencias alternativas presentadas en el curso de los debates, muy dispares entre sí. La propia doctrina alemana ha señalado que esa clasificación, basada en el origen del deber, puede conducir a errores y es, en parte, falsa; acogiendo esa advertencia, el "Comentario" SCHÖNKE-SCHRODER propone una bipartición que se aleja considerablemente de la anterior sistemática (78) y no se puede pasar por alto la circunstancia de que luego de tantos debates en la "Gran Comisión" el Proyecto alemán de 1962 terminara por escoger una fórmula genérica.

Lo anterior debería ser suficiente advertencia para comprender lo difícil -y falso- que sería encerrar en un "numerus clausus" todas las posibles vertientes de un problema que la doctrina tiene sometido a una polémica revisión. Pero todavía hay otras razones que desaconsejan una técnica legislativa semejante.

Sin contar con los inevitables inconvenientes que presenta todo sistema de "n. clausus" (79), la verdad es que con su adopción no se evita el único peligro que, precisamente, se desea evitar: un exceso de arbitrio judicial que lleve a una situación de riesgo cierto a las garantías individuales. Aún con la fórmula de Río, la intervención de ese arbitrio resulta insoslayable, tanto porque la fórmula contiene numerosos elementos normativos

que, en definitiva, deberán ser objeto de una valoración a cargo del juez, como porque siempre será posible buscar la forma en que una determinada situación omisiva "encaje" en alguna de las fuentes previstas por ella.

Nos parece que en el asunto hay un cierto error de planteamiento. Si lo que se quiere es que las fuentes del deber de garantía encuentren siempre su origen en el ordenamiento jurídico vigente -y en ello estamos plenamente de acuerdo- no es necesario que se haga una enumeración taxativa de esas fuentes en la ley penal, pues el ordenamiento jurídico es mucho más amplio y más flexible en sus mutaciones que un determinado código en particular al que no le incumbe, por lo demás, proporcionar él, por sí mismo, dichas fuentes jurídicas. Bastará por lo tanto, que la ley penal consagre el principio de la posición de garante como fundamento de la comisión por omisión, dándole el carácter de un deber específicamente jurídico y remitiendo al ordenamiento, en su conjunto, las fuentes concretas por medio de una fórmula lo suficientemente precisa para que queden excluidos de su ámbito los deberes meramente morales, extrajurídicos o indeterminados. La concreción última, eso sí, correrá inevitablemente a cargo del juez. Si no fuera así los delitos de comisión por omisión habrían dejado de ser "tipos abiertos".

Por lo tanto, la fórmula amplia es la única que, a nuestro juicio, procede. Sin embargo, reflexionando sobre la redacción aprobada en definitiva, nos asalta el temor de que no haya alcanzado la suficiente precisión. Precisión que, sin duda, estuvo presente en el ánimo de sus redactores.

En efecto, al decir simplemente "si podía hacerlo" y si "debía jurídicamente evitarlo", podría pensarse que esta fórmula sólo se está refiriendo a caracteres que son propios de todo delito y que por lo tanto, no agrega nada nuevo; reconduciendo el asunto a su origen, las fuentes del deber quedarían evidentemente libradas a la decisión



judicial. Porque obrar (en sentido lato de conducta) jurídicamente, es obrar conforme a deber, o sea, equivale a no asumir una conducta contraria a deber (esfera de la antijuricidad) y como, además, la posibilidad de poder o de no poder conducirse es un presupuesto (o elemento) indispensable de todo juicio de reproche (esfera de la culpabilidad), sólo se estaría aludiendo a dos notas comunes a todo delito.

Para evitar esta posible y (plausible) interpretación que podría tener graves consecuencias, sería preferible concretar más la fórmula para que, sin perder su carácter general, denotara sin lugar a dudas que la posición de garante exige que el deber tenga su origen o fuente en concretos y específicos preceptos del ordenamiento jurídico, distintos de la exigencia genérica de "obrar conforme a deber" (jurídicamente).

"Deber específico de garantía" o "tener el deber jurídico específico de evitar" nos parecen expresiones que, debidamente acomodadas en el texto del artículo correspondiente, traducirían mejor que la fórmula actual el verdadero alcance y contenido del deber de garantía: el deber mismo de actuar fundado en un precepto jurídico concreto, como nota perteneciente a la antijuricidad de la omisión (susceptible, pues, de error de prohibición) y los datos reales o circunstancias específicas que obligan al garante, integrable en el tipo respectivo y, por ende, elementos del tipo referidos a las características de autor (error de tipo).

## Capítulo VIII

### CAUSAS DE JUSTIFICACION

37.- Cuestiones de terminología y sistematización. 38.- El cumplimiento de un deber legal y el ejercicio legítimo de un derecho. 39.- El Estado de Necesidad. 40.- La Legítima Defensa. 41.- El exceso. 42.- El consentimiento del ofendido: criterio negativo de la CR. 43.- La obediencia jerárquica; remisión.

37. Continuaba el orden del temario con "las causas de justificación", a cargo de la C. de T. Peruana. Esta comisión presentó un proyecto que contenía cuatro preceptos relativos al cumplimiento de la ley; al estado de necesidad; a la legítima defensa y al exceso. Seguía a cada artículo unas concisas notas explicativas, que fueron ampliadas, en su intervención personal, por el relator de la comisión, Prof. ROY FREIRE. (80)

Como en otras oportunidades, las primeras discusiones giraron en torno a cuestiones de orden sistemático y terminológico. Se cuestionó, en efecto, la denominación de "causas de justificación", así como la conveniencia de sistematizar en el CPT las distintas categorías de "causas de exclusión del delito" (81) y, por fin, la precedencia acordada por el proyecto peruano a las justificantes contenidas en el mismo.

En lo que respecta al primer punto discutido, "Causas de justificación" nos parece una terminología absolutamente adecuada y es la que, en definitiva, prevaleció sin que hubiera necesidad de votación. Esta expresión, de uso general en los penalistas de habla española, nombra con propiedad y exactitud (82) aquellas causas o dispositivos legales en cuya virtud la realización de una conducta típica, indiciariamente antijurídica es, en realidad, una conducta jurídica o conforme a derecho, es decir, que está justificada (hecha justa) por esa causa.

Más dudoso es el problema de la sistematización porque significa -o podría significar- que el código asumiera el delicado compromiso de calificar algunas circunstancias cuya naturaleza es discutida por la doctrina. Limitarse a enumerar -según la vieja técnica de muchos códigos- las causas de **exclusión** del delito sin etiquetarlas, era una forma de eludir el riesgo sin que por ello se resintiera en la práctica el CPT. Claro que al menos en lo que se refiere a las causas de justificación, el hecho de que solamente quedaran incluidas las tres que más nítidamente revisten ese carácter conjura el peligro. Sin embargo, éste subsiste en cuanto a que el régimen adoptado puede dar margen a dos exigencias perfectamente plausibles: la primera, que se sigan clasificando, con sus respectivos epígrafes, las demás causas de exclusión para conservar, de este modo, un sistema coherente (83) y, la segunda, que se incluyan en el párrafo otras causas de justificación. Esto último ya fue planteado y resuelto negativamente con respecto al consentimiento del ofendido y a la obediencia jerárquica, solución que comentamos un poco más adelante.

Con todo, los inconvenientes no nos parecen realmente serios y considerando especialmente la forma como a continuación se desarrolla la imputabilidad (y su exclusión) y la culpabilidad (y su exclusión) hay que con-

venir que la sistemática aprobada es correcta. Bajo reserva, naturalmente, de lo que se resuelva sobre el resto de los textos pendientes, pues sólo entonces se tendrá la fisonomía definitiva del sistema de la Parte General.

Respecto del orden de precedencia de las tres justificantes admitidas, éste nos parece absolutamente correcto porque representa un orden natural de mayor menor generalidad. Estamos con la opinión mayoritaria que considera a la Legítima Defensa como una especie dentro del género Estado de Necesidad (84); tanto en uno como en otro caso, en efecto, el sustrato básico lo da la situación de necesidad derivada de un conflicto de bienes que debe resolverse conforme a reglamentaciones legales distintas según se trate de LD o de un EN propiamente tal, por ser las condiciones en que se plantean uno u otro conflicto fundamentalmente diferentes.

Resumiendo: en el estado actual del proyecto, tanto la sistemática que agrupa bajo un sólo epígrafe las causas de justificación, como la expresada denominación y como el orden en que han sido puestas las tres instituciones que se regulan, nos parece que son las soluciones técnicas más acertadas. En cualquier caso -ya lo dijo el Prof. SOLER- (85) ningún reproche se le podría hacer, al menos sobre los dos primeros aspectos, a la C. de T. Peruana. A esta comisión se le encomendó un proyecto sobre causas de justificación y sobre ellas, precisamente, se expidió la comisión preparando un proyecto con el que se pudo estar en mayor o menor desacuerdo pero cuyo rigor científico fue unánimemente reconocido. Por lo demás, las cuestiones terminológicas y sistemáticas, según lo hemos indicado anteriormente, solamente cobrarán verdadera y definitiva importancia en la revisión final que se haga al proyecto una vez completado.

38. El primer artículo aprobado fue el relativo al "cumplimiento de la ley" aunque no se conservó ese epí-

grafe. En la redacción de dicho artículo se introdujeron dos modificaciones (sustitución de los términos "no delinque" por "no comete delito" y "uso de un derecho" por "ejercicio legítimo de un derecho") que dejaron el artículo redactado en la siguiente forma: "No comete delito el que obrare en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho." (86)

No cabe duda que, sea en su primitiva redacción o con las modificaciones que luego se introdujeron, este precepto se relaciona directamente con lo que constituye la esencia más íntima de toda justificante: la conformidad a derecho (o a deber) de la conducta típica. (87) Si, de acuerdo con la opinión más generalizada y admitida, la antijuricidad del acto consiste en la contradicción o disconformidad de la conducta típica (o la realización del tipo) con el ordenamiento jurídico en su conjunto, presupuesto para que la violación concreta de la norma lesione efectivamente el bien jurídico, es evidente que aquella conducta específica que se cumple en virtud de un precepto contenido en dicho ordenamiento se encuentra esencialmente justificada, no contradice puesto que cumple el ordenamiento y, por consecuencia, ninguna lesión (o peligro) se produce, en sentido jurídico de protección, al bien tutelado por la norma. Obrar por mandato de la ley (ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, etc....) es obrar, por definición, conforme a derecho.

Partiendo de esta clara evidencia se puede llegar, sin embargo, a postular tendencias muy diversas cuando se trata, en la esfera de la acción legislativa, de concretar en fórmulas legales los casos y los límites dentro de los cuales opera la conformidad a derecho, cuyas fuentes se encuentran en la totalidad del ordenamiento. (88) Estas tendencias, que oscilan entre los polos opuestos de una máxima o de una mínima latitud tanto en el número de situaciones posibles como en la propia estruc-

tura de las fórmulas, se manifestaron abiertamente en el curso de los debates de la asamblea de México.

Situados en este terreno, el principio general del "ejercicio de un derecho" que contiene el art. 1º nos lleva a plantear la cuestión de hasta que punto era necesario y, supuesta su necesidad, hasta donde se justificaba una mayor o menor amplitud de sus términos.

Al consagrar como justificante el ejercicio legítimo de un derecho (o cumplimiento de un deber legal) este precepto, confundiendo quizás causas y efecto y acercándose a las teorías "monistas", (89) pareciera que sólo está afirmando lo que es el quid mismo de toda justificante; ahora, los casos en que se ejercite un derecho o se cumpla un deber los encontramos inmersos en el ordenamiento jurídico total (fuentes del deber) como disposiciones "permisivas" que actúan con independencia de los que diga este artículo del CP; de donde podría concluirse que dicho artículo resulta superfluo. Por otra parte, aún contando con él, es evidente que siempre deberá ser utilizado mediante una remisión al precepto que confiere el derecho o impone el deber; conectando, pues, el precepto general con la disposición particular administrativa, civil, reglamentaria, etc. Por último podría sostenerse que, formulada de semejante manera, esa c. de justificación se basta por si sola puesto que las restantes, en último término, se reducen al mismo principio que proclama el artículo primero.

Para rechazar la última hipótesis basta considerar que no es lo mismo reconocer la conformidad con el orden jurídico de todo ejercicio legítimo de un derecho (o cumplimiento de un deber), que regular expresamente ciertas circunstancias para que éstas puedan producir el mismo efecto. La LD y el EN necesitan una consagración legislativa expresa en su lugar natural que es el CP pues un "derecho" que no tenga apoyo en la ley (en sentido amplio) (90) no nos parece admisible, sin contar con

lo que es dudoso y muy controvertido por la doctrina, que tales casos puedan calificarse, propiamente, como un ejercicio de derecho, aun cuando sean absolutamente conformes a derecho. De lo anterior se infiere, pues, que al lado del cumplimiento de la ley será indispensable regular, a lo menos, los estados necesarios. (91) Todavía se podría pretender, con el aval de un autorizado sector de la doctrina, la inclusión de otras situaciones como, por ejemplo, el consentimiento.

No es tan claro, sin embargo, el aspecto relativo a la necesidad del artículo comentado porque, en verdad y en sustancia, no pasa de ser una simple declaración que no puede afectar ni añadir nada a las consecuencias legitimantes de todo ejercicio lícito de un derecho. (92) A nuestro juicio, no obstante lo plausible del reparo, ese precepto se justifica plenamente por una importante razón de carácter práctico: el expreso reconocimiento que hace la ley del principio -como lo demuestra nítidamente el caso de aquellas legislaciones que siguen esta técnica- significa un elemento de seguridad jurídica y un apoyo dogmático de primer orden que el CPT no podía des- deñar. (93)

En cuanto a la redacción misma y puestos a innovar, parece que no se alcanzaron los objetivos que hubiesen sido deseables. En efecto, la fórmula original peruana era técnicamente correcta y las modificaciones que se le hicieron más tienen un carácter estilístico que de fondo: (94) dicha fórmula satisfacía, exactamente como satisface la actual, la exigencia mínima de legislar el principio en sus dos vertientes principales (95), el derecho y el deber y, por lo tanto, es perfectamente admisible.

Pero en un plan de redactar una fórmula de gran sentido práctico, destinada a evitar confusiones e interpretaciones erradas, no hay duda que la CR -por muy estrecha votación, por cierto- (96) se quedó a mitad de camino y que lo lógico habría sido aprobar una fórmula

semejante a la del proyecto SOLER tal como lo propuso el Prof. NOVOA. Agregar al ejercicio del derecho el de una autoridad, oficio o cargo representaba la ventaja de matizar las distintas situaciones, facilitando el proceso de subsunción de los casos concretos. Esta redacción amplia habría sido especialmente útil para enfrentar los problemas de la lex artis y la ética médica, que no siempre se podrán justificar por estado de necesidad y con respecto a los cuales el mero consentimiento del ofendido es bastante pobre como fundamento de la justificación. (97) Además es una fórmula que cuenta con probados antecedentes legislativos y con una rica interpretación jurisprudencial y doctrinaria.

39. Los preceptos que deben regular el Estado de Necesidad justificante y la Legítima Defensa fueron objeto de numerosas enmiendas lo que determinó, en definitiva, su reenvío a la C. de T. peruana a fin de que fueran redactados nuevamente para presentarlos a discusión en una próxima RP. (98)

En todo caso, junto con aprobar, implícitamente, la idea de legislar sobre ambas instituciones y, explícitamente, el orden de precedencia en favor del EN -puntos los dos en que estamos plenamente de acuerdo- (99) la CR acordó una serie de directivas que debería considerar la C. peruana en la redacción de los nuevos preceptos. Estos acuerdos, en síntesis, fueron los siguientes: a) que en la fórmula del EN quede comprendido el auxilio a terceros; b) que en la misma fórmula quede comprendido el requisito de que el mal no fuera evitable de otro modo; c) sustituir la expresión "daño" del texto original por otra que deberá proponer la C. peruana; d) suprimir del indicado texto el adverbio "razonablemente" así como cualquier otro adverbio; e) añadir en el precepto sobre EN la exigencia de que no se haya provocado el peligro; f) en el mismo precepto reemplazar por otro el vocablo "causar"; g) que en la fórmula sobre LD se mantenga la referencia a la



persona y derechos; h) que estos derechos sean tanto propios como ajenos; i) que no se haga referencia a la circunstancia de que la agresión deba ser "actual o inminente" y j) no reemplazar en la citada fórmula la expresión "razonable" por otra como "racional" o "adecuado".

Cumpliendo el mandato recibido en México, la C. de T. peruana presentó en la RL la siguiente fórmula sobre el Estado de Necesidad: "No comete delito el que ante una situación de peligro que no provocó, actual o inminente, para un bien jurídico propio o ajeno, lesionare un derecho para evitar un mal mayor, siempre que el necesitado no tuviese el deber jurídico de afrontar el riesgo, no evitable de otra manera."

Como se puede observar, aunque muy sintéticamente, el nuevo texto elaborado por la C. peruana cumplía cabalmente con todas las directrices acordadas en la anterior reunión; se atendía específicamente al auxilio ajeno, a la condición de que el mal no fuera evitable de otra manera y a que no se hubiese voluntariamente provocado el peligro, aspectos todos que habían sido especialmente considerados en México (sesión del 25 Oct. 65, vesp., Actas, pgs. 7 a 17).

Sin embargo, después de fundamentar la fórmula el relator de la Comisión, Prof. ROY FREYRE, se observó que así concebida se dificultaba sus alcances, razón por la que era preferible desglosar sus diversos requisitos. Sobre la base de una fórmula modificada en tal sentido, se fueron introduciendo diversas alteraciones formales que terminaron por configurar el texto tal como en definitiva quedó aprobado (sesión del 10 de Abril 67; acuerdos 67, 69 a 78).

En términos generales, el artículo aprobado responde a los criterios ortodoxos que en la actualidad orientan una institución muy elaborada por la doctrina, en que la juricidad de la conducta (principio del interés preponderante) proviene -para emplear la gráfica defini-

ción del Prof. DEL ROSAL (99 bis)- "de un estado en que a la persona no le queda otra salida sino la perturbación de los intereses jurídicos protegidos de otro individuo." Por lo tanto, desgranar cada uno de sus ingredientes sería hacer dogmática sobre la base de muchos lugares comunes, lo cual no entra dentro de los objetivos de la presente tesis.

Tan sólo el requisito de no haber provocado voluntariamente el peligro (letra b) del art. 2º aprobado) suscita un par de cuestiones que merecen apuntarse. La inclusión del requisito mismo no nos acaba de convencer, ya que si bien el agregado del adverbio "voluntariamente" despeja las más serias objeciones que le formulara SOLER, referidas al problema de la provocación simplemente culposa (actas cit., pgs. 10-11), ~~ma~~ntener expresamente un requisito que, aún sin esta manifestación legal, permanecería como un límite vinculado a la esencia misma del instituto (necesidad legítima del estado), puede resultar muy perturbador en un concreto contexto de ley. Sobre todo si se tiene presente que -más por razones de exquisitez técnica que de prudente pragmatismo legislativo- se acordó suprimir el requisito correlativo en la LD, lo cual, a nuestro juicio, obligaba a mantener una armonía de pensamiento y de texto entre ambas justificantes. En ésto SOLER fue perfectamente consecuente. Claro que, en definitiva, el asunto revierte sobre la figura del exceso y al comentar la fórmula respectiva fijaremos nuestra posición sobre el particular (vid. N° 41).

Pero, además, esta letra b) del art. 2º, plantea el problema de que la justificante operaría aun si el titular del bien en peligro haya provocado voluntariamente la situación de necesidad, ya que la restricción de dicha letra al que actúa en defensa del bien, que puede no serlo el titular, deja subsistente el estado de necesidad en aquellas hipótesis. El punto fue suscitado en el deba-

te, pero ostensiblemente no trascendió al texto. Ahora, el inciso final resulta contradictorio con el criterio anotado más arriba. En efecto, ¿está o no obligado jurídicamente a afrontar el riesgo el titular del bien que lo puso voluntariamente en peligro? Otra cosa es, por cierto, la exculpación del que obra en favor del bien cuyo titular provocó voluntariamente el peligro, si ignora esta circunstancia.

La labor interpretativa, apoyándose en el sentido del contexto legal y en sus antecedentes formativos, puede salvar sin grandes inconvenientes esos vacíos y contradicciones, pero ciertamente habría sido preferible que se hubiesen corregido en la prolija reelaboración del texto efectuada en Lima, armonizando, de paso, los criterios sobre EN y LD.

40. La fórmula sobre Legítima Defensa presentada por la C. peruana en la RL ofrecía, sin duda, claras ventajas respecto de la original que fuera rechazada en México, acordándose en esa oportunidad los criterios directivos que el nuevo texto recogió con acertada fidelidad. De este modo no es de extrañar que en Lima recibiera una pronta y unánime aprobación sin sufrir cambio alguno.

En esencia, recoge las líneas fundamentales de textos originados en la mejor tradición legislativa española "que ya se han hecho dogmáticamente viejos y son conocidos por todos", según el decir de JIMENEZ DE ASUA. (99 ter)

El único punto que suscitó debate en Lima fue el relativo al requisito de la falta de provocación suficiente, cuya inclusión en la fórmula fue nuevamente promovida por algunos delegados que deseaban, de esta suerte, acercarse más al arquetipo español. La moción, sin embargo, se rechazó por siete votos contra seis (acuerdo 66 del 10.IV.67) manteniéndose en consecuencia, el criterio contrario que también triunfara en México. En

verdad, volvían a oponerse aquí -como cuando se discutió el EN- los argumentos favorables fundados en un punto de vista "práctico" contra aquellos que, movidos por un virtuosismo técnico, sostenían que la falta de provocación estaba implícitamente comprendida en el concepto de "agresión ilegítima" e, incluso, en la esencia misma de la justificante. Esto último es cierto, tan cierto como que está sobreentendida en la esencia del estado necesario que el peligro no se haya provocado intencionalmente, pero el primer argumento no nos parece muy convincente pues, en el mejor de los casos, es excesivamente sutil y obliga a un innecesario proceso interpretativo. Sea como fuere, lo que no alcanzamos a comprender en absoluto es la razón de porqué la mención expresa del requisito no era útil en la LD y si lo era en el EN. Nos parece que una armonización de los dos preceptos se imponía y se sigue imponiendo. Esta podría haberse logrado suprimiendo el requisito en la fórmula del estado necesario, siempre que se contara con una buena regulación del exceso. Ahora, como ésto último, a nuestro juicio, no ocurre, acaso hubiese sido preferible la otra alternativa salvando entonces, la contradicción que anotamos entre la letra b) del art. 2º y su inciso final y, por supuesto, manteniendo el requisito de la falta de provocación suficiente en la fórmula de la legítima defensa. De todos modos, **en ambas hipótesis**, pero especialmente en la primera (supresión de la mención expresa del requisito) hay que tener presente que una adecuada fórmula sobre el exceso es suficiente para resolver los problemas de trascendencia práctica que pueden plantear las situaciones de provocación. (Vid. infra N° 41).

En cuanto al texto mismo de la fórmula aprobada, la frase "defensa de la persona o derechos, propios o ajenos...", como redacción más concisa y fluída **propuesta** en México (99 quart) nos parece acertada, pero ¿ha quedado en claro lo relativo a la persona ajena (defensa de terceros)? Pareciera que la claridad de ideas de la CR

al respecto no quedaron felizmente plasmadas en la letra del artículo. De lo que no puede caber duda es que este texto, en lo que a los bienes defensibles se refiere, es superior al español actual, debido a las incomprensibles limitaciones que la reforma del 44 introdujo en la circunstancia primera del N° 4 del art. 8 del código vigente, acertadamente criticadas por DEL ROSAL. (99 *quint*)

Otro punto de cierto interés que se planteó en México fue el del empleo del vocablo "racional", de mayor raigambre hispánica, en vez de "razonable" utilizado por la C. peruana y que se impuso a la postre. Propuso "racional" el Prof. NOVOA (Actas, sesión cit., pg. 19) y defendieron "razonable", entre otros, los Profs. SOLER y ROY (Actas ct. pgs 19 y 20), basándose principalmente en que los textos que usan "racional" lo utilizan en el sentido de "razonable" (prudente, adecuado a las circunstancias) y que, dentro de ese significado, es más apropiado este último vocablo.

No nos parece una razón de mucha fuerza pues racional, además de su tradición, comprende la acepción estricta de razonable, pero siendo mucho más amplia y comprensiva se adapta mejor a su doble significado de adecuación (o proporcionalidad) de los medios y de necesidad de la defensa en sí misma, cuestión que ya fuese advertida por el Prof. SCHWEITZER pero que la CR estimó preferible no consagrar expresamente en la fórmula, con lo que el sentido de la frase "necesidad razonable de la defensa empleada.." ha adquirido particular y delicado relieve.

Por fin, nos parece acertado que la fórmula no contenga ningún elemento vinculado con la dirección subjetiva de la repulsa o "ánimo de defensa", cuestión sin duda muy importante promovida especialmente por los finalistas, pero que no debe trascender del terreno puramente dogmático. También aplaudimos que, apartándose en estos aspectos de precedentes muy difundidos en nuestros códigos, no se haya introducido ningún requisito especial

para los casos de LD de parientes o extraños, ni las llamadas "presunciones de LD". No se justifican tales disposiciones ni por razones de equidad ni de técnica y una larga experiencia jurisprudencial así lo demuestra.

41. El Art. 4° inc. 1° regula la figura del exceso y fue aprobado, tras una discusión bastante intensa, sobre la base de una proposición chilena sustitutiva de la fórmula contenida en el proyecto peruano. A nuestro juicio, tampoco en este caso la sustitución del precepto original significó la mejoría que se podría haber esperado con ocasión del cambio y de las ideas que se aportaron en el curso del debate.

En efecto, la fórmula chilena triunfante (100) no es suficientemente clara y precisa como para proporcionar los elementos legales necesarios que permitan al juez evitar las intrincadas confusiones que los excesos en la LD y en el EN suelen provocar en la doctrina y en la jurisprudencia (101) debido, sin duda, a las extensas y no muy precisas fronteras que esta figura mantiene con otras, tales como los casos de putatividad, la "eximente incompleta" en aquellas legislaciones que la contemplan, las situaciones de inimputabilidad por trastornos psíquicos, etc. Ahora bien, la regulación del exceso -en lo que estamos conformes- se justifica fundamentalmente en la medida que proporcione un instrumento exacto que evite las interpretaciones que traen consigo inevitables deslizamientos hacia otros terrenos.

En nuestra opinión solamente se puede hablar de exceso en dos casos o situaciones muy precisas y delimitadas: el exceso en la causa (la provocación del estado necesario que no llega a ser, en sí, una agresión) y el exceso en los medios, es decir, el exceso intensivo. El mal llamado exceso "extensivo" es una inconsecuencia que no se puede admitir. Si la repulsa o el ataque defensivo (En el EN) se produce cuando la agresión o el peligro ya han pasado, podremos estar frente a una simple venganza (quizás atenuable o excusable, en el caso concreto, por otros capítulos) o -a lo sumo- frente a un caso putativo, pero

jamás ante una LD (o EN) excedida lo cual supone, por de pronto, la existencia real (o putativa) de una agresión (o peligro) inminente o actual. (102) Por otra parte, los medios cuya proporcionalidad (con los de la agresión) exceden los límites razonables -con toda la elástica estimativa que este requisito de por si presupone- impuestos por la ley, aun cuando se deba a error y salvo los casos de excitación o turbación extremas (inimputabilidad), plantearán siempre situaciones de exceso; nunca de putatividad.

Esta cuestión obligaba a una primera precisión en el texto legal que la fórmula aprobada no contiene: indicar expresamente las dos clases de exceso, con el doble propósito de exactitud y de exclusividad. Con razón el Prof. JIMENEZ HUERTA se alarmaba por la amplitud "extremadamente abierta" de la fórmula peruana, pero la chilena no mejoró en un ápice este grave inconveniente. (103) La supresión del requisito, en la LD, de la "falta de provocación suficiente" y la forma terminante en que queda la condición de que el peligro no haya sido provocado, en el EN, exigía que este punto hubiese sido abordado con extrema cautela y cuidado.

Mucho se discutió sobre si el exceso puede ser doloso y culposo o si solamente puede revestir esta última forma. En principio y en la realidad (la ley podrá decir lo que quiera) parece que estuviera fuera de dudas que el exceso, mirado en si mismo, puede ser en cuanto a su dirección subjetiva (con prescindencia, pues, del juicio de reproche) tanto culposo como doloso. Dando un paso más se puede afirmar, incluso, que normalmente el exceso en la causa será doloso y el exceso en los medios culposo, sin perjuicio de lo contrario y de que, sobre todo en los excesos dolosos, se deba examinar muy cuidadosamente hasta que punto éstos pueden llegar a desbordar la figura de justificación en su totalidad, en términos que solamente se deba apreciar en la pretendida "defensa" un

delito corriente. (104)

Nos parece que el asunto requiere, todavía, una reflexión previa: al producirse el exceso por traspasarse los límites máximos que la ley tolera en la apreciación de los medios empleados o en la intensidad del antecedente que ha precedido al acto defensivo, queda subsistente una conducta antijurídica típica, no justificada, que consiste, precisamente, en la repulsa o el ataque defensivo que calza en un tipo de delito. Esto es claro y no presenta la menor novedad, pero donde la claridad se enturbia es en la apreciación de los distintos momentos subjetivos que intervienen en el complejo total; aquellos que gobiernan los actos excesivos (provocación; falta de proporcionalidad) no son los mismos que guían la conducta defensiva. Podrán, quizás, llegar a confundirse en un solo tracto temporal en ciertas situaciones de exceso intensivo, pero su distanciamiento se nos aparece perfectamente patente en las hipótesis de exceso en la causa. En cualquier caso, son dos momentos conceptualmente distintos de los cuales unicamente el segundo puede tener significación para calificar de doloso o de culposo el delito (no el exceso) cometido en virtud de la reacción defensiva; el primero juega en un plano totalmente diferente (valoración de la atenuante, según veremos).

Ahora bien, la conducción final del acto defensivo (ataque o contra ataque) por su contenido de voluntad y de representación, es difícilmente concebible como conducta culposa; en verdad, es nítidamente dolosa y en consecuencia, esa conducta típica y antijurídica porque no puede ser cubierta por una justificante que esté incompleta (debido al exceso), constituirá un delito doloso. (105)

No creemos, por lo tanto, que ese delito se pueda "convertir" en una figura exclusivamente culposa (106), aunque fuera como una técnica de atenuación en que sólo se le quiera reconocer valor atenuatorio al exceso culposo y reservar al doloso el destino de eliminar la justi-



ficante en su totalidad, lo que no parece ni justo ni congruente (el exceso en la causa, repetimos, casi siempre será doloso, intencional). En suma, la fórmula del Prof. SOLER -perfectamente correcta y superior a la aprobada en lo que al distingo sobre los excesos se refiere- puede interpretarse en el sentido de que concibe al exceso culposo como el único posible o bien que solamente le concede valor atenuatorio a ese tipo de exceso. Ambas posiciones caben legislativamente, pero ambas nos parecen incorrectas porque las dos descansan sobre premisas falsas y porque, en todo caso, la fórmula conduce, al menos aparentemente, a una "transformación" del modo subjetivo del injusto típico que no nos parece admisible ni aun por imposición de la ley. (107)

En este último aspecto, como una concesión a ciertas situaciones muy especiales de excesos intensivos, podría admitirse que, en dichas especialísimas situaciones, se dan casos de preterintencionalidad, o sea, que el delito (acto de defensa típico e injusto) sea un delito preterintencional (108) y no puramente doloso. Sin embargo, aparte de las discusiones doctrinarias sobre la naturaleza de esta figura y de tratamiento que pueda recibir en el CPT (si es que recibe alguno), el resultado práctico generalmente admitido es el de producir una atenuación (obligada o facultativa) de la pena asignada al delito doloso.

Pues bien, éste es el aspecto esencial que debe considerar un programa legislativo. El exceso, cualquiera que sea su conducción subjetiva y siempre que la extralimitación no desborde la totalidad de la justificante (109) deberá ser considerado siempre como un dispositivo atenuatorio de la pena porque la agresión ilegítima (o el estado necesario en general) permanece en pié y esta presencia debe significar, forzosamente, una cantidad menor de reproche. Por cierto que la disminución será función de las características del exceso concreto y, notoriamen-

te, de su subjetividad (dolo, culpa, trastornos psíquicos, etc.) la que, en caso de grave perturbación, podrá llegar a la exculpación total por quedar inscrita en un motivo de inimputabilidad.

En dicho sentido la fórmula aprobada es admisible puesto que confiere al exceso valor de atenuación sin distinguir si el exceso es doloso o culposo con lo que, implícitamente, admite ambas posibilidades. Con todo, a fin de evitar interpretaciones restrictivas o dispares (110), hubiesemos preferido que el texto incorporara una frase tal como "exceso culposo o doloso". No olvidemos que sin mengua de su brevedad y concisión técnica, los preceptos del CPT están llamados -como se ha reconocido- a conferir a las instituciones que regulan la máxima precisión posible.

Muy acertado técnicamente nos parece la remisión de la atenuante a un "artículo clave" aplicable a todos los casos de atenuación, tal como fuera propuesto por el Prof. JIMENEZ DE ASUA. (111)

Por último, el inciso 2º del Art. 4º declara exento de pena al exceso "proveniente de una excitación o turbación que las circunstancias hicieran excusables."

Este supuesto límite del exceso no representa, en verdad, sino un caso de inimputabilidad que también podría ser resuelto por aplicación de las reglas generales sobre inimputabilidad. Por este motivo hubo sugerencias en la asamblea de que el precepto se aplazara hasta tanto no terminase el examen sobre la imputabilidad o que, cuando menos, fuera aprobado solamente con carácter provisional. (112)

Prevaleció, sin embargo, la idea de aprobar desde luego una fórmula sobre este aspecto del exceso (113) y, en verdad, no nos parece desaconsejable el criterio, pues a la ventaja de su carácter explícito y específico une la de precisar que el exceso podrá ser inimputable ("no

punible") pero, en caso alguno, podrá revivir la justificante una vez constatado como tal exceso. Eso si, en la revisión final del proyecto, será necesario concordar las expresiones "excitación o turbación" utilizadas por el precepto con la terminología ("grave perturbación de la conciencia") empleada para caracterizar, en uno de sus aspectos, la inimputabilidad.

42. Como ya dijimos, la CR resolvió en la RM no incluir en el proyecto fórmulas sobre el consentimiento del ofendido o sujeto pasivo y sobre la obediencia debida. Respecto a esta última, la proposición original mexicana (114) no alcanzó siquiera a ser votada; en cambio, sobre el consentimiento, actualizado el tema con la intervención personal de los profesores mexicanos FRANCO y MARTINEZ LAVALLE (115), hubo un pronunciamiento expreso y prácticamente unánime en sentido negativo. (116)

Debemos confesar que este acuerdo nos dejó un tanto preocupados porque, al menos en apariencia, la CR parecía poner en entredicho su propia capacidad para redactar un texto sobre el consentimiento del sujeto pasivo como causa de exclusión del delito. En efecto, la votación se efectuó inmediatamente después de la intervención de los profesores FRAGOSO y SOLER (117) quienes en ningún momento negaron que el consentimiento, bajo determinados supuestos, actuara efectivamente como causa excluyente de la ilicitud. Sin embargo, como se trata de un problema difícil y complejo, era preferible no formular texto alguno. Y así se acordó.

En principio, la dificultad del problema como obstáculo exclusivo no nos parece que sea argumento suficiente para rehuir la inclusión de un texto en el proyecto. Situaciones como, por ej., la posible definición legal del delito o la regulación del nexo causal son, en realidad, muy diferentes porque, según vimos en su oportunidad, existen en esos casos importantes razones de fondo que

aconsejan, determinadamente, no ocuparse legislativamente de ellos. Pero esto no ocurre -ni nadie lo dijo así, por lo demás- con el consentimiento del interesado.

Cierto que un gran sector del problema radica en el terreno de la tipicidad (118) y la ausencia de tipo no es cuestión que necesita de un dispositivo de la PG, sobre todo si no se ha definido el delito. Como le toca a la propia CR "acuñar", al menos en gran parte, los distintos tipos de la PE que incluirá el CPT, en cada caso concreto podrá resolver, con adecuada técnica, la forma en que el consentimiento jugará como elemento perteneciente al tipo. (119)

En algunos delitos, sin embargo, será muy difícil que la técnica del tipo pueda resolver el problema del consentimiento porque éste se encuentra vinculado a casos eventuales o contingentes de la realización antijurídica del tipo, es decir, pertenecerá a la antijuricidad. En los delitos contra el honor y la libertad individual; en algunas lesiones; en ciertos delitos patrimoniales, el examen del consentimiento del sujeto pasivo (titular del bien jurídico) no tendrá por qué jugar como elemento permanente del tipo, pero por ser situaciones generales en que el interés del derecho por la protección del bien jurídico sólo debe llegar hasta el mismo límite en que ese interés sea mantenido por el titular del bien (bienes, por tanto, disponibles), la ausencia de este interés hace cesar, correlativamente, la protección del derecho al determinado bien (caso concreto); desaparece, así, la relación de contradicción entre la realización del tipo y el ordenamiento jurídico, o sea, la antijuricidad. (120)

De esta suerte, el consentimiento funciona como justificante, sea como causa autónoma de justificación o como elemento esencial que posibilite la eficacia de otra causa de justificación, general o especial, todo ello de acuerdo con la estructura legal que tenga el instituto en contexto del código. (120 bis)

Ahora, como la eficacia del consentimiento está directamente subordinada a la disponibilidad del bien y ésta, a su vez, debe encontrar un apoyo concreto en la legislación positiva, y por ende, viene a ser el ejercicio de una facultad o derecho creemos que, en último extremo, los casos de consentimiento eficaz que no juegan como elementos típicos podrían ser resueltos por aplicación del Art. 1º sobre causas de justificación.

Pero sería una solución extrema de "lege lata" que no corresponde provocar anticipadamente cuando todavía nos encontramos en el terreno privilegiado de "lege ferenda". Su índole absolutamente elíptica (falsa en cierto sentido pues) no sería, probablemente, el único y más grave cargo que se podría hacerle. Además, en todo caso, el consentimiento debe operar bajo determinadas condiciones o requisitos que la doctrina se ha cuidado de enumerar y que necesitan tener un carácter preceptivo. (121)

Por las razones precedentes, llegamos a la conclusión de que el CPT debería contener un texto que declarara que el consentimiento eficaz en materia de bienes disponibles (vinculándose, pues, a las normas "permissivas" del ordenamiento) es causa de justificación (o elemento que permite que funcione otra justificante) y que, enseguida, fijara las condiciones básicas dentro de las cuales el consentimiento debe operar para ser eficaz. Esto último justifica, por si solo, la existencia de un precepto expreso.

Con lo anterior no queremos insinuar que la fórmula tuviera que ser improvisada en un receso de cinco a diez minutos como, lamentablemente, ocurrió en algunas ocasiones. Lo prudente habría sido encargar a la C. de T. peruana que junto con los artículos sobre LD y EN propusiera, también, un artículo sobre el consentimiento con o sin las directrices que se podrían haber discutido en la asamblea.

43. La obediencia jerárquica o debida, en cambio, si que nos parece un problema mucho más delicado que plantea obstáculos casi insolubles desde el primer momento. Su ubicación sistemática presupone, en efecto, un ineludible pronunciamiento sobre su naturaleza, asunto que es objeto de encontrado debate doctrinario.

En la reunión de Lima, la CR, rectificando su criterio de México, resolvió incluir en el proyecto un precepto que regulara este problema, encomendando su redacción a la C. de T. peruana, pero sin que ello significara que tomaba partido en lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la institución. (122)

Se opuso firmemente a este acuerdo el Prof. NOVOA pues, según su parecer, todos los casos de obediencia jerárquica que se pueden producir dentro del ámbito del derecho penal ordinario tienen su adecuada solución legal en otros preceptos de ese ordenamiento y en cuanto a la hipótesis excepcional de la obediencia militar (absolutamente no reflexiva) ella debe resolverse dentro del marco restricto de la justicia castrense. La CR, sin embargo, mantuvo su criterio favorable con el solo voto en contrario de NOVOA. (123)

Preciso es reconocer que al Prof. chileno le asiste la razón en gran medida: la mayoría de las hipótesis fácticas derivadas de una obediencia jerárquica o debida podrán resolverse acudiendo a otros dispositivos del sistema y la gran pugna doctrinaria sobre un tema al cual todavía le falta mucha elaboración, hacen aconsejable una prudente abstención. Pero la forma en que la propia CR estaba orientando la estructura de las causas de exculpación y aún de las mismas justificantes, obligaba a adoptar un criterio distinto.

Cierto que en el caso de una orden lícita, la justificante del cumplimiento del deber (o de la ley) puede excluir el delito y que en situaciones derivadas de

órdenes ilícitas a que se ve absolutamente constreñido el subordinado (jerárquico o aún simplemente moral), la aplicación de los preceptos sobre el error o sobre la no exigibilidad, en su caso, deberían conducir a la exculpación. Pero el problema, llevado a sus últimas posibles consecuencias, parece no ser tan simple sobre todo si se examina a la luz de los textos aprobados.

Por una parte, la fórmula restringida de no exigibilidad que en definitiva adoptó la CR (124) no da lugar, sin duda alguna, a ninguna hipótesis en que la conducta delictiva haya sido inpuesta por una orden a la que -por razones de jerarquía u otras (así el temor reverencial intenso en proporción con la clase de conducta ilícita exigida)- el agente no se haya podido razonablemente sustraer, pero sin que se pueda afirmar que obrara bajo una coacción o amenaza de un mal actual y grave. Tampoco el error, sea de hecho o de derecho, como acertadamente lo indica el Prof. FRAGOSO, es capaz de cubrir todas las posibilidades desde el momento que hay casos en los cuales al subordinado no se le deja el menor margen para examinar la legalidad de la orden como, por ejemplo, la orden ilegal dada por el juez al oficial de justicia. (124 bis)

Por otro lado, no es conveniente desechar a la ligera otras posibles soluciones cuando se trata de la ejecución por el subordinado de un acto delictivo en virtud de un deber legal de obediencia (reflexiva o no) que, en definitiva, le impide sustraerse al cumplimiento de la orden. Es difícil, en tal caso, admitir que la conducta del subordinado quede justificada, pero, desde otro ángulo, no nos parece un contrasentido insuperable (124 ter) que la ley transforme, en determinadas situaciones, en conducta justificada lo que el propio orden jurídico ha declarado ilícito (comisión de un delito) porque, en el fondo, sólo se tratará de una hipótesis más (que nos podrá parecer más o menos chocante, más o menos justa) de

cumplimiento de la ley. Todo es cuestión que la propia ley lo diga. Por fin, la distinción entre "el obedecer" (justificado) y la materialidad de la conducta (124 quart) podría llegar a proporcionar una base más sólida a lo que, en principio, parece repugnar a nuestro sentido de lo jurídico.

Con todo, habrá que esperar hasta el momento en que la CR apruebe una fórmula concreta para emitir opinión definitiva.



## Capítulo IX

### LA IMPUTABILIDAD

44.- Planteamiento general. 45.- Polémica sobre la mayor o menor amplitud de la fórmula. 46.- Nuestra opinión. 47.- Las acciones libres en su causa. 48.- La minoridad penal. 49.- La imputabilidad disminuida: opinión en contrario. 50.- La culpabilidad; remisión.

44. Durante más de seis sesiones se discutieron los textos relativos a la imputabilidad, sobre la base de una ponencia preparada por la Sección de la Comisión Argentina a cargo de los profesores señores JIMENEZ DE ASUA y LAPLAZA.

El proyecto constaba de tres artículos dedicados, respectivamente, a la fórmula de la imputabilidad; a las situaciones de quienes han provocado el estado de inimputabilidad (acciones libres en su causa) y al caso de los menores. A cada artículo seguía una nota explicativa que aclaraba, con mucha precisión, el criterio de los redactores.

Para caracterizar la ~~in~~imputabilidad se seguía el método -que prevaleció en definitiva- de definir, negativamente, las situaciones en virtud de las cuales no se es imputable; similar, por lo tanto, al utilizado por el C. P. alemán (Arts. 51 y 55) y suizo (Art. 10). La sim-

ple enunciación casuística de ciertas causas de inimputabilidad es, ciertamente, un método superado aunque no debe olvidarse cómo en determinado momento, para huir de compromisos doctrinarios, se llegó a proponer que las causas de exclusión del delito fueran simplemente enumeradas sin clasificarlas o sistematizarlas de manera alguna.(125)

Por otra parte, tampoco se quiso -dentro de una línea perfectamente consecuente con soluciones adoptadas respecto de otros elementos del delito- dar una formulación positiva de lo que es la imputabilidad al estilo del C. P. italiano (Art. 85). Sin embargo, este concepto estaba claro en el reverso de la fórmula proyectada y es, sustancialmente, el mismo que se mantiene en el texto aprobado. De acuerdo con un criterio absolutamente dominante, para el proyectista del CPT la imputabilidad es capacidad de conocimiento y de determinación; es la capacidad de poder conducirse conforme a derecho de acuerdo con unas determinadas bases o condiciones biológicas (psicosomáticas) radicadas en el sujeto concreto, que le permiten el señorío sobre su conducta, tanto en el aspecto intelectual como conativo. Es, además, capacidad de culpabilidad. (126)

Ahora, si se examinan tanto los textos de la ponencia argentina como los que quedaron aprobados en definitiva, se puede llegar a la conclusión de que en ambos casos, las referidas bases biológicas o psicosomáticas están determinadas por una madurez mental mínima y por una ausencia de perturbaciones psíquicas (morbosas o no) en un grado de intensidad tal que impidan el conocimiento y determinación conforme a derecho. En las dos posiciones, el problema técnico provocado por las llamadas fórmulas "puras" o "mixtas" se encuentra, a nuestro juicio, adecuadamente solucionado puesto que ambas atienden, sin sujetarse al rigor de fórmulas ya superadas, a los dos aspectos esenciales que son el biopsicológico (morboso o no) y el jurídico en cuanto, este último, a que se trata de

bilidad de comprender y de regular nuestro proceder conforme a las normas jurídicas, son de índole psiquiátrica o psicológica. El perito informará al juez sobre ello. Pero lo que éste debe tener principalmente en cuenta es si, a causa de ese estado mental, el agente no ha podido comprender la índole de su acto o regular su conducta conforme a las normas del Derecho. Por eso nos hemos decidido a dar una escueta fórmula de inimputabilidad, por no ser enumerativa de las causas, permita invocar como origen de aquella, muy variadas situaciones, incluso estados no patológicos como el estado crepuscular hípico". (128)

La idea parece ser inobjetable: en verdad todo es - fuerza destinado a evitar que en los textos legales se introduzcan fórmulas más o menos vacías que luego sólo sirven para dar ocasión al desborde de los peritos, responde a una recomendable técnica legislativa. Sin embargo, al desplazar el proyecto argentino la clave para resolver el asunto del ámbito de las causas psiquiátricas o biológicas al de los efectos psicológicos, sobre los que debe recaer un juicio de apreciación, el término psicósomático de la fórmula queda reducido a un concepto tan genérico y sintético ("Estado mental") que, en realidad, se convertía en algo supérfluo, inoperante.

Como bien lo señaló en su planteamiento crítico el Prof. ETCHEBERRY (129), el decir escuetamente "estado mental" gravitaba tan poco en la estructura lógica de la fórmula, que podría suprimirse esa expresión sin mengua de su contenido ya que la preposición esencial (comprender la ilicitud de la acción y regular la conducta conforme a derecho) mantenía intacto su sentido. Pero, entonces, se llegaba a confundir situaciones que, no obstante su común pertenencia a un "estado mental" lato sensu, no se refieren a la imputabilidad sino a otros elementos del juicio de reproche o, si se quiere, a la culpabilidad en su sentido propio. (130) Como esta distinción debía mantenerse porque correspondía a una realidad sistemática y a una

necesidad práctica (131), era imperativo diferenciar en el estado mental aquellas notas que lo situaban en el terreno de la ininputabilidad, es decir, en el de la capacidad o aptitud constitucional del individuo para poder obrar conforme a la norma (capacidad de poder).

Como ya advertimos, todos los profesores que asistieron una actitud discrepante con el proyecto argentino centraron sus críticas en este aspecto, proporcionando diversos criterios limitativos. (132) Por su parte, la C. Argentina (II Sec.), sin abandonar su línea de pensamiento, admitió que para satisfacer "observaciones que eran muy dignas de consideración", se podría concretar más la situación real del estado mental añadiéndole el calificativo de "perturbación". Esta fue una proposición específica del Prof. LAPLAZA (133) para quien la palabra "perturbación", por su contenido semántico, se refiere tanto a una insuficiencia de actividad mental como a las alteraciones de conciencia de origen directamente patológico o no calificadas de patológicas. Aceptada la modificación por el Prof. JIMENEZ pasó a conformar la nueva fórmula de la Comisión que enfrentó en la votación a otra propuesta por la C. chilena, directamente inspirada en el proyecto de C. P. del Prof. Nelson HUNGRIA y que, en definitiva, se convirtió en el texto aprobado por la sala con la diferencia mínima de un voto. (134)

46. Admitido que el texto propuesto por la ponencia argentina, sobre ininputabilidad, requería una mayor precisión en lo referente al estado mental, se debe reconocer que el texto sustitutivo aprobado cumple con esa finalidad. Están indicadas como causas posibles de la ininputabilidad la enfermedad mental, el desarrollo psíquico incompleto y la grave perturbación de la conciencia en el plano de lo no patológico. Es una fórmula descriptiva que abarca las fuentes generalmente admitidas y que no se compromete con conceptos técnicos o psiquiátricos.

Con todo la fórmula no nos satisface plenamente. La distinción entre causas morbosas y meras perturbaciones, utilizando terminología diferente, nos parece una distinción innecesaria y peligrosa, pues en vez de poner claridad en el asunto puede llevar al juez a serias confusiones y a convertirlo, más de lo que ya está -por su propia culpa, justo es decirlo- en un simple repetidor de las fantasías periciales, en muchas ocasiones poco serias y prevaricantes. En efecto, diferenciado todo lo que es "enfermedad" mental ¿hasta qué límites se puede llegar por el sendero de las perturbaciones de conciencia que no son una enfermedad?. La voluntad de la ley, la CR la conoce perfectamente, pero ¿y los jueces?. Por ello, aunque parezca paradoja, si el texto se limitara a las perturbaciones (135), la consideración de que en ese concepto van comprendidos todos los procesos morbosos impondría, seguramente, una mayor cautela en su manejo. Es el único camino restrictivo que nos parece viable, pues contentarse con la enfermedad mental como única causa es manifiestamente imposible ya que existen estados no patológicos que constituyen indiscutibles casos de ininputabilidad.

En todo caso, el término "grave" (perturbación) nos parece absolutamente inadecuado. La palabra perturbación ya, de por sí, califica la simple turbación; pero, sobre todo, esa calificación está medida por el efecto psicológico que sea capaz de producir (incapacidad de comprender y conducirse) y no por un adjetivo que obliga a una pre-valorización falsa y peligrosa.

También la frase clave del texto original "comprender la ilicitud de su acción u omisión o regular su conducta conforme a las normas de derecho" fue sustituida por la de "comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión". La última parte, subrayada, nos parece que fue un cambio poco afortunado. Como lo indicaba certeramente la subcomisión argentina, (136) su texto solucionaba mejor los casos perfecta -

mente posibles de quienes son inimputables no obstante comprender la ilicitud o criminalidad del acto y de conducirse de acuerdo a esa comprensión (por ej. paranoicos y cleptómanos). (137)

En suma, el texto original con la modificación que le fue introducida posteriormente ("... perturbación mental permanente o transitoria...") y, quizás, con el agregado del desarrollo psíquico incompleto, (138) nos parece que era la mejor fórmula sin que por ello deje de ser admisible y, en general, correcta, la aprobada. (139)

47. El Art. XX regula la figura conocida en la doctrina por la de las acciones libres en su causa y hace responder a quienes se han colocado voluntariamente en estado de inimputabilidad por el hecho delictivo cometido en ese estado, según el dolo o culpa en que estuvieran con respecto a ese hecho en el momento de provocarse la perturbación de conciencia. Esta solución -que excluye toda posibilidad de responsabilidad objetiva- se conforma con la mejor doctrina y, en esencia, con el texto que proponía la ponencia argentina. Sin embargo, se dió preferencia a un texto que, obviamente, era más sencillo y que fue aprobado sin mayores dificultades. (140)

No obstante que, en rigor, las diversas situaciones provocadas por la embriaguez podrían quedar comprendidas en las reglas generales, se estimó -con acierto, a nuestro juicio- que era aconsejable redactar reglas expresas sobre la materia, cometido que fue encomendado a la propia subcomisión argentina. (141)

48. El Art. XXXX (en la ponencia XXX) declara "no punibles" a los menores que no hayan alcanzado la edad señalada en "la ley de cada país". Este artículo nos deja un tanto perplejos y nos merece serias reservas.

Por de pronto, ¿es un texto legal o una simple declaración injertada en los textos? Porque si es un texto le-

gal resulta inadmisibile la frase "ley de cada país"; recuérdese que se está redactando un precepto con estructura de tal, o sea, para regir preceptivamente como ley interna: no es una ley de conflictos al estilo, por ej., del C. BUSTAMANTE. Entonces, lo que cabía era o decir simplemente "en la ley" (como decía el texto original) o dejar unos puntos suspensivos indicativos de que en ese lugar se colocaría, en cada país, la edad límite que se estimara adecuada, puesto que lo que no quiso la CR -como es lógico- fue imponer una edad uniforme, ya que ésta depende de las características étnicas especiales de cada nación.

Sin embargo, nos parece mejor la manera en que lo proponía la subcomisión porque la referencia a la ley (del país, naturalmente) indica una renisión general del problema de los menores a una ley especial. Como es de toda evidencia, ese inmenso problema no se puede pretender solucionarlo con un artículo como el XXXX o con algunas otras disposiciones dispersas en el CPT, sino que requiere de una ley o de un código particular. De este modo, la única función útil del artículo -que bien podría suprimirse sin graves riesgos- es la de una afirmación del principio de que los menores de la edad que señale la ley (o el propio CP) están fuera del CP. En este sentido, también cumple una función sistemática de método o de orden.

El término "punible" (142) es de dudosa ortodoxia. Tradicionalmente el CP, al fijar un límite de edad para la capacidad penal, ha establecido mediante una presunción juris et iure la ininputabilidad del menor, lo que constituye una excepción notable al criterio valorativo e individualizador sobre el que descansa la determinación de la ininputabilidad. Pero, como en todos los casos de presunciones de derecho, es la manera de obtener certeza y seguridad jurídica. Ahora bien, lo que racionalmente puedo hacer el Art. XXXX es declarar quienes es-

tán dentro y quienes están fuera del código penal; quienes pueden llegar, en razón de la edad, a tener una responsabilidad de esa categoría y quienes, en ningún caso, podrán llegar a tenerla. Parece ser, pues, que se trata efectivamente de una cuestión de imputabilidad, aun cuando se base -como presunción que es- en una realidad media (ficticia como tal) y posiblemente falsa en el caso concreto.

Por otra parte, las razones de quienes propugnaron el uso del término "punible" en vez de "imputable" son atendibles y responden a una necesidad y a una realidad: el tratamiento de a lo menos una clase o categoría de menores parece presuponer una cierta imputabilidad y lo que esos menores no recibirían sería un castigo penal (no punibles). Sin embargo, nos inclinamos por la posición ortodoxa: la imputabilidad es capacidad penal de culpabilidad penal y no de otra "clase" de responsabilidad. (143) De tal modo que los que, como imputables de iure, quedan fuera del CP no están sujetos a sus normas -eso es absoluto y definitivo-, pero podrán ser objeto de medidas, para lo cual la falta de capacidad penal no será obstáculo de ningún género. La ley especial fijará con todo detalle los diferentes casos, grados y medidas que se deban adoptar. Ahora, ello no excluye que, dentro de la imputabilidad, la edad, bajo ciertas circunstancias, (144) pueda determinar una menor cantidad de reproche concreto (medida de culpabilidad), sin que ello afecte la imputabilidad propiamente tal de los jóvenes que ya han alcanzado su "mayoría" penal. Ni siquiera mediante el arbitrio de la semiimputabilidad que nos adelantamos a rechazar.

49. Bajo la signatura XXX se aprobó un nuevo artículo que regulaba la figura de la llamada semiimputabilidad o imputabilidad disminuida, situación que la subcomisión argentina había considerado preferible reservar para el momento en que se discutieran y redactasen las medidas de seguridad. (145)



Para enjuiciar este precepto caben dos posiciones, según se acepte o no la idea misma de regular preceptivamente una categoría jurídica especial de semiinimputables.

Dentro de un criterio favorable a la idea, el artículo aprobado se encuentra concebido de una manera aceptable: su redacción se ajusta a la fórmula de la inimputabilidad (Art. X); el giro "no poseer plenamente", debidamente interpretado da, en efecto, la idea de una posesión parcial, no completa o plena (146) y la remisión del tratamiento a unos preceptos especiales era la mejor solución sistemática.

Sin embargo, nuestra disidencia es mucho más radical: estamos en total acuerdo con la minoría que estimó que el CPT no debía acuñar una categoría particular de semiinimputables. Por cierto que no se trata de desconocer una realidad que existe: todos los procesos psíquicos que fundamentan la imputabilidad admiten, por esencia, gradaciones, intensidades diversas; cada enfermedad es "la enfermedad" con su concreto desarrollo y cuadro clínico y lo mismo ocurre con cualquier perturbación de la conciencia. De modo, pues, que la capacidad de comprender y determinarse, condicionada por perturbaciones de intensidad variable, puede estar más o menos disminuida, dentro de una gama de grados intermedios muy extensa. Lo que se pone en duda es algo muy diferente: es la conveniencia de que la ley determnine, sobre bases absolutamente artificiales, (¿hasta dónde se puede llegar con ese "no poseer plenamente"?) clases o categorías jurídicas de imputables.

En esta línea de ideas cabría, también, como con mucha razón apuntaba el Prof. LAPLAZA, (147) la instauración de una categoría de "superinimputables" (superdotados) y, añadimos nosotros, algunas intermedias de semiinimputables para así hacer todavía más cómoda la tarea de la especulación psiquiátrico-pericial. Es, además, una forma de introducir en el CPT, fundado de acuerdo con sus postulados programáticos- en la responsabilidad por el acto y

en la culpa como medida de la pena, los peligrosísimos principios de la tipología de autor. La consideración de la personalidad del autor (imprescindible para valorar toda situación específica de imputabilidad disminuida), (148) instalada en la raíz de la culpabilidad, conduce fatalmente a ese terreno.

En la fórmula de la semiimputabilidad -resultante de una "solución de compromiso" entre dos tendencias penales (149)- se busca conciliar y, por consecuencia, se confunde innecesariamente dos cosas perfectamente distintas: la capacidad de culpabilidad penal y las bases comunes de las "medidas" que, en general, deben aplicarse a quienes han cometido un hecho delictivo; en suma, el tratamiento penal, el simplemente defensivo o el mixto.

La imputabilidad o capacidad de culpabilidad, como concepto valorativo y jurídico, no admite gradaciones: se es o no se es imputable; se está o no se está dentro del derecho penal. Salvo en el caso especial de los menores, (150) la ley y los peritos suministran al juez unos datos o criterios valorativos que le permiten decidir si, en el caso concreto, el sujeto dispuso del poder de actuar conforme a deber (capacidad de comprender y de dirigirse). Si lo tuvo, es imputable; si no lo tuvo, resulta inimputable. En estos términos una "zona de paso" es conceptualmente inconcebible. Si el sujeto sólo puede tener un conocimiento parcial del injusto o sólo conserva una parte del dominio de sus actos, no es imputable porque poseer algo parcialmente es no poseerlo. En cambio, si pudo llegar a ese conocimiento y mantener el señorío sobre su conducta aunque con dificultades, es imputable, puesto que alcanzó la línea crítica del "poder conforme a deber". Por eso se ha dicho, con toda razón y evidencia (que seguramente nadie discutirá), que en los casos de "imputabilidad disminuida" el autor es, real y fundamentalmente, imputable, de modo que esa imputabilidad "disminuida" no es, en verdad, otra cosa que una "medida de pena". Esto es lo que

debe darnos la clave: la zona intermedia y necesariamente difusa de los semiinimputables, con pretensiones de categoría jurídica inalcanzable en la práctica, corresponde a situaciones de personalidad de autor que deberán considerarse solamente en el momento de individualizar la pena o la medida de seguridad (o ambos), según lo que corresponda. Pero anticiparla en el examen de imputabilidad es falsear el concepto que, por esencia, supone un límite, un punto crítico y es otorgar a la personalidad del sujeto una proyección práctica que no debe tener: la acuñación previa y determinante para la responsabilidad de una tipología de autor. Ahora, si las reglas sobre penalidad que se estructuran están de tal forma concebidas (esto no se sabrá hasta que se acuerden) que sólo puedan jugar, en la práctica, como reguladores "a posteriori" de la pena, entonces querrá decir simplemente que se habrá errado en la terminología y en el lugar asignado al Art. XXX. (151)

Por consiguiente, la posición adoptada por la ponencia argentina era sistemática y técnicamente la más correcta. El problema que se conoce con el equívoco nombre de imputabilidad disminuida, es un problema que concierne por entero -llamémoslo así provisoriamente- al capítulo de "las sanciones".

En primer término, aquellos inimputables que, no obstante, acusen una perturbación o deficiencia característica que no les impida el obrar conforme a derecho, pero que les dificulte notoriamente su capacidad de "poder", en el enjuiciamiento global del proceso de motivación, podrán ser acreedores de una menor cantidad de reproche, podrán beneficiarse de una atenuación de la pena. (152)

En segundo lugar, al inimputable peligroso y en la medida de su peligrosidad, (153) se le aplicarán las medidas de seguridad que se consideren necesarias. En este caso, bastará la "atribuibilidad" del acto. (154)

Por fin, si se admite un sistema penal binario no habrá dificultad alguna para imponer a los inimputables peli-

grosos "sanciones" combinadas de penas y medidas de seguridad. En la RM se habló quizás con excesiva rotundidad del fracaso del doble-binario. Si por fracaso se entiende el sistema, realmente grotesco, de aplicar primero una pena disminuida y, a continuación, una medida de seguridad -como cosas distintas, aisladas y en rigurosa sucesión temporal- o si se considera el caso de su aplicación tergiversada por la insuficiencia material de medios (por ej., trasladar al reo de un ala a otra del mismo establecimiento carcelario), estaremos conformes en admitir el fracaso. Pero estas no son, en principio, razones de fondo. El doble-binario sigue teniendo plena validez si se aplica eficazmente, no como una simple suma de pena y medida de seguridad, sino configurando de manera distinta la pena privativa de libertad que se imponga. (155)

Lo esencial y lo primero es, pues, ponerse de acuerdo en el régimen que habrá de seguir el CPT (monista o dual). Si, como parece, se impone el criterio dualista, habrá que constituir un eficaz y completo sistema de penas y de medidas de seguridad; este es el aspecto más importante de un CP porque en él reside su fuerza y todas sus posibilidades de éxito práctico con tal, claro está, que se cuente con los medios mínimos indispensables para su ejecución.

El delicado problema de los imputables "disminuidos" dependerá de la forma en que se organice el régimen repressivo. Por de pronto, las perturbaciones de conciencia transitorias que no revelen, de por sí, un grave defecto constitucional (así, ciertas pasiones; algunas situaciones de necesidad no excusable que, sin embargo, trastornan la motivación) tendrán como único efecto eventual una atenuación del reproche y, por ende, de la pena; el caso no se saldrá de un ámbito estrictamente penal.

En cuanto a los <sup>"semi"</sup>imputables peligrosos, es decir, aquellos en que la perturbación que dificulta su capacidad de comprensión y de conducirse acusa, además, fallas es -

estructurales o funcionales con un pronóstico de peligrosidad manifiesta, no se podrá contentar el CPT, como es lógico y generalmente admitido, con "echarlos antes a la calle" por virtud de una pena disminuida. A esta pena disminuida (facultativamente) debe unirse, en un todo combinado, la medida de seguridad. (156) La pena penal, afflictiva, no puede eludirse porque es una consecuencia de la finalidad incalcelable de la pena en cuanto a retribución jurídica y es obra del principio de responsabilidad por la gravedad del acto y la intensidad de la culpa (disminuida, pero culpa). Mas tampoco se puede descuidar la peligrosidad revelada por el sujeto, de modo que las medidas de seguridad y, en general, los aspectos de prevención especial que comporta toda pena, deberán ser aplicados de inmediato, sin perjuicio de que las medidas de seguridad puedan exceder temporalmente a la pena. Al fin y al cabo, sólo se trata del proceso de individualización de la pena que debiera ser común en toda ejecución, abriendo paso al tratamiento adecuado a la personalidad y peligrosidad de cada sujeto, sea como consecuencia de la sola aplicación de la pena (p. especial) o con el refuerzo de una específica medida de seguridad adicional. (157)

Por lo expuesto, a nuestro juicio, el Art. XXX representa una posición superada: traslada al terreno de la imputabilidad lo que pertenece a la medida de la culpabilidad y al régimen de la aplicación de las penas y de las medidas de seguridad. (158) Es en estos capítulos donde se deben dar normas y orientaciones precisas que le sirvan al juez de sentencia (y eventualmente al juez de ejecución) para imponer la sanción adecuada a la gravedad del hecho y a la intensidad del juicio de reproche y, si es necesario, para prescribir las medidas de seguridad que correspondan. Con la fórmula aprobada, lejos de ofrecerse una solución a este fundamental problema, se abre un camino casi ilimitado para falsas y peligrosas aplicaciones que ojalá sólo tengan realidad en una apreciación fruto de un injustificado pesimismo.

50. El último tema que la RM alcanzó a examinar fue el de la culpabilidad. La ponencia respectiva estuvo a cargo de la C. de T. chilena que presentó, con la debida fundamentación, un proyecto que constaba de ocho artículos que se referían a los siguientes puntos: 1) sólo son punibles los hechos dolosos y, excepcionalmente, los culposos; 2) definición del obrar doloso, en sus diversas especies; 3) definición del obrar culposo; 4) error de hecho sobre elementos constitutivos del tipo; 5) error de hecho acerca de las circunstancias constitutivas de causales de justificación; 6) error de derecho; 7) no exigibilidad de otra conducta, ofreciéndose dos alternativas: una, más estrecha, reducida al llamado estado de necesidad exculpante y otra más amplia, que incluía toda clase de motivaciones anormales que anularan la libertad del sujeto; 8) exclusión de los delitos calificados por el resultado, consagrando la regla de que para responder por las consecuencias más graves de un hecho es necesario estar al menos en culpa a su respecto. El Prof. BUNSTER presentó un voto disidente sobre la regulación del error, proponiendo una fórmula sustitutiva.

Los dos primeros artículos (A y B) fueron aprobados sin mayores dificultades y sólo con leves retoques de redacción. El Art. 3° (C) sufrió algunos cambios más sustanciales; pero también fue aprobado. (159)

Por el contrario, los siguientes fueron objeto de un animado debate y de múltiples indicaciones que determinaron, a la postre, que volvieran a la Comisión de origen para los efectos de una nueva redacción. (160) Se aprobaron un conjunto de ideas o directrices que deberían tomar en cuenta los redactores: a) se expresó que el error excluye tanto el dolo como la culpa y no solamente al primero; b) no se utilizarán los términos "error de tipo y error de prohibición" ni tampoco "error de hecho y error de derecho"; c) el error sobre las justificantes

debe referirse sólo al aspecto fáctico y no al jurídico; d) el error de derecho se extiende a materias jurídicas en general y no se limita a los preceptos de la ley penal; e) se admite el valor exculpante del error de derecho, pero la C. debía redactar una fórmula que evite la aplicación inmoderada de esta exculpante; f) el error de hecho sobre una causa de justificación que sea evitable, se asimila al delito culposo; g) el error de hecho sobre otras causas de exención (excepto inimputabilidad) debe recibir la misma solución; h) el error de derecho evitable debe dar lugar a una rebaja de pena e i) la C. debía estudiar una nueva fórmula sobre la coerción. (161)

De acuerdo con el mandato recibido, la Comisión chilena elaboró un nuevo proyecto de articulado sobre causas excluyentes de la culpabilidad, procurando ceñirse estrictamente a las directivas recibidas en la RM. En la RL, fueron presentados a la consideración de la CR cuatro artículos reelaborados que regulaban el error (Arts. D y E), el "estado de necesidad exculpante" (Art. F) y "el miedo insuperable" (Art. G). Respecto del artículo "H" (situación de la pena más grave por una consecuencia especial del hecho), se estimó por la C. chilena que ese precepto fue sancionado por mayoría en México, con algunas modificaciones en su tenor, que se acogían en el texto presentado en Lima. La ponencia venía acompañada de una coñida, pero densa, fundamentación que el relator de la comisión, Prof. ETCHEBERRY, desarrolló verbalmente en la sesión que se destinó a discutir el tema. (162)

El Art. "D" sobre el error "de hecho" se aprobó luego de una breve discusión relativa a puntos formales de redacción. El artículo siguiente ("E", error "de derecho") suscitó un debate sobre su alcance exculpatorio y también fue objeto de algunas modificaciones de redacción (así, sustitución de "no obra culpablemente" por "no es punible") antes de ser aprobado en definitiva. En cambio, el debate abordó cuestiones más de fondo al discutirse el

Art. "F" objetándose que dicho precepto estaba basado en los principios propios de Estado de Necesidad más que en la ausencia de libertad del sujeto para elegir su conducta, opinión que no prevaleció, pues el artículo se aprobó solamente sujeto a modificaciones de redacción y de armonización ulterior con los demás preceptos concordantes. El Art. "G" (coacción) fue sustituido por un nuevo texto aprobado sobre la base de una moción presentada por los Profs. JIMENEZ DE ASUA y FRAGOSO. También a propuesta del primero de los nombrados se incluyó un artículo que regulaba el "error de subsunción" (Art. "E bis") y, por fin, se acordó que la fuerza irresistible debería considerarse en el capítulo relativo al hecho punible y que, según ya vimos más arriba, la obediencia jerárquica tenía también que ser consultada en un precepto expreso. (163)

La regulación de la culpabilidad forma un sistema cerrado en el cual todos sus preceptos están entrelazados en una relación de uniformidad conceptual. Es, además, uno de los temas que provocaron mayor controversia, justificada por su densa sustancia doctrinaria y delicadas proyecciones. La circunstancia de que hasta la fecha no se disponga de las actas en su versión íntegra de los debates producidos en la reunión de Lima impiden, a nuestro juicio, abordar el estudio crítico de este capítulo conforme a las pautas, basadas estrictamente en antecedentes fidedignos, que ha sido la norma que nos ha guiado en dicho estudio; una confrontación parcial, fundada únicamente en versiones extratadas y en los antecedentes de México, o circunscribirse a los textos que fueron aprobados en esa reunión plenaria, nos parece un camino peligroso en el que se podrían cometer involuntarios pero graves y gratuitos errores y, de todas maneras, dejaría trunco y sin la debida armonía con los anteriores capítulos, el que se destinara en estos momentos a la culpabilidad. Obviamente, estas razones son aún mucho más claras en lo que respecta al resto de las materias abordadas en Lima y que ni siquiera habían sido insinuadas en la Segunda Reunión Plenaria. (164)



Estos son los motivos que nos inducen a abstenernos de todo comentario sobre la culpabilidad, aunque fuera limitado, y a suspender en este punto nuestro examen que esperamos continuar en un futuro próximo.

## Capítulo X

### CONCLUSIONES

Resumimos, a continuación, las principales conclusiones que hemos ido obteniendo a lo largo del análisis precedente.

#### A. En cuanto al Proyecto en general

Primera. La iniciativa tendiente a proyectar un Código Penal Tipo para regir en los países de hispanoamérica se justifica por la comunidad de origen, de territorio, de cultura, de lengua, de tradiciones y de aspiraciones lo que está produciendo un acelerado estrechamiento de vínculos que van de lo económico hasta lo cultural y que permitirá a estos países presentarse cohesionados ante un mundo que tiende, cada vez más, al fortalecimiento de los lazos internacionales. Que sea por la legislación penal por donde se comience la unificación se justifica, además, por ser urgente (la salvaguarda contra los atentados a los más preciados bienes de la comunidad es una tarea de apremiante interés) y posible (la fundamental similitud de los preceptos vigentes simplifica el proceso de unificación).

Segunda. El plan maestro para construir un Código Penal Tipo debía descansar sobre las siguientes premisas fundamentales: a) la firme esperanza de que el primer resultado concreto de la Reu -

nión será un acuerdo acerca del Código Penal Típico (CPT) como modelo legislativo practicable, determinándose su índole y alcance; b) no siendo posible ni deseable un código penal completo y único para todos los países de Iberoamérica, el CPT debe limitarse a aquellas normas penales básicas que puedan ser aplicadas, en el día de hoy, a estos países, sin descartar la posibilidad de que una futura evolución ensanche progresivamente el área de los preceptos comunes; c) la índole compleja que ofrece la elaboración de un texto penal extenso impone la necesidad de disponer del tiempo suficiente para que por un intercambio profundo, reposado y ampliamente difundido de ideas tanto de orden puramente técnico jurídico como de realidad criminológica, se llegue a la maduración de los textos que deban formar el código prototipo; y d) el proyecto de CPT no puede afiliarse a una determinada doctrina o escuela, pues por su finalidad eminentemente práctica necesita contar con una aceptación amplia; deben, pues, buscarse todas aquellas coincidencias que hagan posible el acuerdo alrededor de principios legislativos fundamentales.

Tercera. Compartimos, en consecuencia, el acuerdo fundamental a que se llegó en la RS en cuanto a que la unificación de las leyes penales de las naciones hispanoamericanas es posible en la práctica y deseable para una más eficaz tutela de los valores jurídicos fundamentales en que se cimienta la convivencia entre esos pueblos; a que la diversidad de sistemas legislativos imperantes no es obstáculo insalvable, puesto que el estado de la ciencia penal en su momento actual permite llegar a fórmulas técnico-legales concretas y a que un CPT constituirá un paso al

servicio de una mejor prevención y represión de los delitos, cumpliendo un claro fin de renovación y modernización de la legislación penal americana.

Cuarta. Efectivamente, el CPT debe estar integrado por normas o preceptos redactados para su aplicación como leyes penales; o sea, debe desecharse la idea de un enunciado de meros principios esquemáticos o de una simple "ley de bases". Los textos deberán abarcar la mayor cantidad posible de materias propias de un código completo pero reservando algunos temas que en el examen progresivo del proyecto se demuestre que sea preferible que queden entregados a la discrecionalidad legislativa de cada país conforme a sus particularidades regionales.

Quinta. La estructura orgánica de la entidad encargada de la redacción del CPT (Comisión Redactora) y su funcionamiento nos parecen, en general, adecuada y satisfactoria. En la elaboración de los textos se ha procurado cumplir con todas las etapas previstas para asegurar que el CPT constituirá un conjunto de preceptos armónicos, inspirados en los más decantados principios de la ciencia penal contemporánea y, a la vez, adaptados a la idiosincrasia y condiciones sociales y materiales de los pueblos hispanoamericanos: una preparación metódica de los temas en el seno de cada C. de T. (fase cumplida satisfactoriamente por la gran mayoría de las comisiones); una confrontación crítica y previa de los preceptos (aspecto que hasta ahora ha funcionado en forma más bien deficiente) y, por fin, un debate abierto en la RP para obtener las fórmulas concretas y definitivas.

### B. En cuanto a los textos aprobados

Primera. En nuestra opinión y mientras no se produzca una declaración definitiva de la CR y pese a ser esa la idea original, estimamos que la Declaración de Principios no constituye un título preliminar en el sentido de un conjunto de preceptos obligatorios de rango supra-legal o de normas constitucionales con respecto al CPT. A esta conclusión nos conduce el examen del propio texto, las diferentes opiniones emitidas durante los debates y la índole de lo que constituye una Declaración de Principios. En efecto, estimamos que la DP debe revestir únicamente una naturaleza programática, como la suma del ideario que anima a los redactores del CPT y, quizás, a la justicia en lo criminal de nuestra época. De ahí, entonces, que debieran figurar en el CPT, sin que se produzca ninguna clase de duplicaciones, los principios de reserva o legalidad en su moderna y doble formulación (no hay delito sin tipicidad; no hay pena sin ley que la prescriba); de la proscripción expresa de toda forma de analogía (todo ello en el capítulo relativo a la "Ley Penal"); de que no hay delito sin culpabilidad (en el capítulo sobre "El delito") y las condiciones legales para la aplicación de las medidas de seguridad (capítulo de las "sanciones") .

Segunda. Compartimos el criterio de la CR en el sentido que la clasificación sistenática de la PG del CPT debe ser diferida hasta tanto no se disponga de la totalidad de los materiales que van a ser ordenados sistenáticamente a fin de evitar discusiones excesivamente doctrinarias que

sólo retardarían el normal avance de los trabajos. El orden del temario propuesto por el Sec. Ej. sólo debe mirarse como una pauta de trabajo de carácter práctico, pero no como una resolución respecto de la estructura definitiva del proyecto.

Tercera. En cuanto a los preceptos del capítulo de la ley penal relativos a su aplicación en el espacio, en el tiempo y a las personas, puede afirmarse que tanto en su sistematización como en su orientación, se han seguido los principios dominantes en la doctrina sin disonancias ni particularidades notables (principios de territorialidad, con sus excepciones por aplicación de los principios de defensa y de universalidad; reconocimiento, efecto y cumplimiento de las sentencias extranjeras; principio esencial de la irretroactividad de la ley penal excepto la retroactividad de la ley penal más benigna y exclusión de la "lex tertia"; ultraactividad de la ley temporal y principio de que la ley penal se aplica sin distinción de personas, con las solas excepciones de las inmunidades que acepta el Derecho Internacional y de las inviolabilidades constitucionales). Tan sólo suscita nuestra discrepancia la solución acordada a la ultraactividad de la ley temporal cuya justicia y verdadero fundamento técnico no nos convence: tanto en la ley temporal como excepcional existe siempre la misma valoración de gravedad lo que obligaba, en buena lógica, a no diferenciar su tratamiento y negar la ultraactividad en ambos casos, puesto que ésta es la razón más justa y equitativa.

Cuarta. Estamos de acuerdo en que la materia relativa al concurso aparente de leyes sea tratada en

el CPT sin que sea materia de primordial importancia, por el momento, la cuestión de su colocación sistematizada; tanto su inclusión entre las reglas de interpretación (suponiendo su existencia) como en el capítulo sobre la aplicación de la ley o en uno propio, nos parecen soluciones aceptables.

Quinta. Nos parece en absoluto indispensable, en concordancia con lo expresado en la conclusión primera, que el CPT incluya un texto expreso sobre la proscripción de la analogía, con lo que se cumpliría un acuerdo expreso votado en Santiago y a menos que una declaración formal de la CR otorgue a la DP el carácter de un título preliminar con fuerza de ley.

Sexta. No creemos que con el acuerdo que optó por suprimir las reglas interpretativas propiamente tales se haya resentido el CPT. Aunque no compartimos el planteamiento de que existiría una insuperable contradicción lógica determinada por la igualdad jerárquica entre normas interpretativas e interpretadas, estimamos que dichas reglas pueden constituir una grave limitación o perturbación en la labor del juez, en su inmensa mayoría no habituados a este sistema; pero además resultan lógicamente innecesarias dentro de lo que es un verdadero concepto de hermenéutica legal.

Séptima. El uso de la expresión hecho punible en lugar de "delito" nos parece particularmente desafortunado. Pueden ser comprensibles las razones que motivaron su empleo en el temario y en la distribución de materias hecha por el Sec. Ej. y que, al parecer, eran las de buscar un término que abarcara tanto al delito propiamente tal

como a las faltas y que, además, fuera lo más "neutro" posible; pero estas razones no justifican en modo alguno que se mantuviera la denominación como definitiva en los textos aprobados. A nuestro juicio, la expresión hecho punible ofrece graves inconvenientes y representa una suplantación innecesaria de un vocablo (delito) a que nuestra lengua le reconoce un preciso y claro contenido semántico y cuyo uso pacífico se encuentra generalizado en todos los textos escritos en español; acusa, además, un peligroso sabor naturalista que puede provocar equívocos frente a la necesaria distinción entre lo que es el delito como síntesis conceptual y el mero acontecer externo o hecho, en cuya última hipótesis sí que es correcto utilizar el vocablo "hecho". Finalmente, su uso resulta contradictorio y desarmónico en los varios preceptos que integran el capítulo respectivo.

Octava. No definir el delito en el texto del Código nos parece que es la solución más adecuada. Esta es una tarea que le corresponde a la dogmática de acuerdo con los elementos constructivos que le proporciona la ley. Una definición por parte de ésta, sea puramente formal o material, es inútil o, lo que es peor, peligrosa por sus inevitables limitaciones y tonas de posición.

Novena. Compartimos plenamente el criterio negativo predominante tanto en la C. de T. de Río como en la RM relativo a no incluir en el CPT un precepto que regule la relación de causalidad. En efecto, la causalidad provoca graves discrepancias que conducen a situaciones de gran



confusión en la aplicación de la ley penal y la experiencia recogida por medio de los códigos que incorporaron normas sobre causalidad -entre ellos el italiano y el brasileño- ha demostrado que no es posible obtener una fórmula "técnica y científicamente irrefutable para resolver los grandes problemas de la causalidad, especialmente los llamados casos de interrupción del nexo causal y la llamada causalidad de la omisión". Por otra parte no es necesario optar a fardo cerrado, por la doctrina finalista para admitir que si se plantea este problema a partir de la interrogante de "quien es el autor" y no de "cual es la causa del resultado" los términos del mismo habrán de cambiar sustancialmente. La solución, por lo tanto, no podía ser otra que la adoptada por la RM.

Décima. En cuanto al tiempo y lugar del delito, la preferencia que sobre el momento del resultado se da al momento de la acción y de la teoría de la ubicuidad en una fórmula amplia, comprensiva de la participación y de la tentativa, que considera cometido el delito tanto en el lugar en que se desarrolló la actividad delictuosa como el lugar en que se produjo o debió producirse el resultado y, en cuanto a los delitos omisivos, en el lugar donde debió tener lugar la acción omitida, son las soluciones técnicas que mejor se ajustan a la doctrina dominante.

Undécima. A nuestro entender, en nuestra época han cobrado una trascendente importancia todas aquellas situaciones criminológicas que están directamente relacionadas con los delitos de omisión; las necesidades de la vida contemporánea y el

estado actual de cultura colocan al individuo ante imperativos de conducta cada vez mayores y más intensos que lo obligan a realizar determinados actos de necesidad o de utilidad social o a actuar eficazmente a fin de evitar eventos constitutivos de una lesión o de un peligro para los bienes dignos de amparo jurídico-penal. Así, pues, "en el grupo de los auténticos delitos de comisión por omisión es forzoso situar..., aquellos que surgen de deberes morales exigidos hoy por el hecho de vivir en sociedad".

Duodécima. Desde el punto de vista de un programa legislativo una parte del problema de los delitos omisivos se deberá solucionar en la PE del código, tanto por la vía de las simples omisiones punibles como por la de las omisiones anudadas a un determinado resultado lesivo. Así junto a omisiones ya consagradas tradicionalmente deberán figurar tipos como el de la omisión de socorro (directo o a la demanda de socorro ajeno); de omisión de auxilio a menores en un sentido amplio; de omisión del deber de evitar ciertos delitos; de fuga del lugar del accidente, etc.. Ello no significa, por otra parte, que la integridad del problema pueda ser resuelto exclusivamente en el ámbito de la PE, pues siempre quedará abierta la posibilidad de que se cometan por omisión delitos de resultado no previstos especialmente bajo forma omisiva, ya que es prácticamente imposible describir todas aquellas omisiones que merezcan ser equiparadas. De modo tal que puesto que seguirá subsistiendo esta última clase delictiva y a fin de respetar al máximo posible el principio de legalidad, se hace indispensable que la PG del

CPT se ocupe determinantemente de ella para establecer el fundamento legal de la equiparación (deber de garante) que es el único camino que permite afrontar y solucionar la salvaguarda del principio de nullum crimen sine lege previa.

Décimo-  
tercera.

En suma: el código penal debe contener un dispositivo de aplicación general que consagre la posición de garante, esto es, el deber jurídico específico de impedir, como necesario y exclusivo fundamento de los delitos de comisión por omisión cuyos tipos "incompletos" deberá completar el juez con los criterios jurídicos que le proporcione dicho dispositivo legal. De este modo, se van cumpliendo, en sucesivas delimitaciones concéntricas, los caracteres o "filtros" legales que sitúan a los delitos de comisión por omisión dentro de un marco que no rebasa los límites plausibles que, en el derecho penal moderno, fija el principio de legalidad. Por de pronto, una importante serie de omisiones graves y de real trascendencia criminológica estarán ya resueltas, en tipos concretos, en la PE; enseguida, ninguna omisión será equiparable si el sentido del tipo, al cual se pretende anudar, no tolera la forma omisiva (tipos, como vimos, de resultado necesariamente dependientes de un hacer activo) y, por último, la omisión "equiparable" solamente podrá equipararse efectivamente, en el caso concreto, si se puede fundar en una situación personal que, por la posición de garante deducida de un juego de preceptos legales, coloque al omitente en la obligación jurídica de haber evitado el resultado típico que pudo evitar.

Décimo  
cuarta.

En lo que se refiere a la fórmula legal que

regula el deber o posición de garante, opinamos que basta que la ley consagre el principio como fundamento de la comisión por omisión, dándole el carácter de un deber específicamente jurídico y remitiendo al ordenamiento, en su conjunto, las fuentes concretas por medio de un texto lo suficientemente preciso para que queden excluidos los deberes meramente morales o extrajurídicos, pero corriendo inevitablemente la concreción última a cargo del juez. En consecuencia, estamos con la fórmula aprobada pero con una mayor precisión en su redacción: "deber específico de garantía" o "tener el deber jurídico específico de evitar" nos parecen expresiones que, debidamente acomodadas en el texto del artículo correspondiente, traducirían mejor que la fórmula actual el verdadero alcance y contenido del deber de garantía. El deber mismo de actuar fundado en un precepto jurídico concreto, como nota perteneciente a la antijuricidad de la omisión (susceptible, pues, de error de prohibición) y los datos reales o circunstancias específicas que obligan al garante, integrable en el tipo respectivo y, por ende, elementos del tipo referidos a las características de autor (error de tipo).

Décimo-  
quinta.

Causas de justificación nos parece una terminología absolutamente adecuada. Esta expresión de uso general en los penalistas de habla española, nombra con propiedad y exactitud aquellas causas o dispositivos legales en cuya virtud la realización de una conducta típica, indiciariamente antijurídica es, en realidad, una conducta jurídica o conforme a derecho, es decir, que está justificada (hecha justa) por esa causa.

Décimo-  
sexta.

En el estado actual del proyecto, tanto la sistemática que agrupa bajo un sólo epígrafe las causas de justificación, como la expresada denominación y como el orden en que han sido puestas las tres instituciones que **se regulan**, nos parece que son las soluciones técnicas más acertadas.

Décimo-  
séptima.

El precepto que consagra el cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo de un derecho como justificantes, nos parece, no obstante lo plausible de algunos reparos, conveniente por una importante razón de carácter práctico: el expreso reconocimiento que hace la ley del principio -como lo demuestra nítidamente el caso de aquellas legislaciones que siguen esta técnica- significa un elemento de seguridad jurídica y un apoyo dogmático de primer orden que el CPT no podía desdeñar. Sin embargo, en cuanto a la redacción misma, preferiríamos que se hubiese agregado el ejercicio de una autoridad, oficio o cargo, lo que representaba claras ventajas en orden a matizar las distintas situaciones y para enfrentar los problemas de la lex artis y la ética médica.

Décimo-  
octava.

La fórmula sobre el Estado de Necesidad responde a los criterios ortodoxos que en la actualidad orientan una institución muy elaborada por la doctrina. Sólo nos merecen reparos algunos aspectos de redacción y la inclusión de requisitos que provocan una cierta desarmonía con la fórmula de la legítima defensa y una importante contradicción interna (requisito de la letra b) en relación con el inciso 2º del artículo respectivo).

Décimo-  
novena.

Similar conclusión nos merece el precepto que regula la legítima defensa. No obstante, hubiésemos preferido que el requisito de la falta de provocación suficiente no se hubiere eliminado. En efecto, tal como quedaron construidas estas dos últimas justificantes existe una evidente e injustificada desarmonía ya que las razones tanto para excluir esta condición de las dos instituciones como para incluirlas, son en ambos casos idénticas. Por nuestra parte, preferiríamos la inclusión, no sólo por razones tradicionales y de mayor claridad sino porque silenciándola en la LD esta última descansa demasiado, en ese punto, en la figura del exceso la cual, a su vez, no es absolutamente satisfactoria.

Vigésima. El exceso, cualquiera que sea su conducción subjetiva y siempre que la extralimitación no desborde la totalidad de la justificante deberá ser considerado siempre como un dispositivo atenuatorio de la pena porque la agresión ilegítima (o el estado necesario en general) permanece en pié y esta presencia debe significar, forzosamente, una cantidad menor de reproche. En dicho sentido la fórmula aprobada es admisible puesto que confiere al exceso valor de atenuación sin distinguir si el exceso es doloso o culposo con lo que, implícitamente, admite ambas posibilidades. Con todo, a fin de evitar interpretaciones restrictivas o dispares, hubiésemos preferido que el texto incorporara una frase tal como "exceso culposo o doloso". No olvidemos que sin mengua de su brevedad y concisión técnica, los preceptos del CPT están llamados -como se ha reconocido- a conferir a

las instituciones que regulan la máxima precisión posible.

~~Aceptado~~ nos parece que la atenuante se remita a un "artículo clave", aplicable a todos los casos de atenuación. Respecto del inciso 2° del artículo 4° (exceso proveniente de una excitación o turbación que las circunstancias hicieran excusables), aunque se trate de un caso de ininputabilidad solucionable por aplicación de la regla general, nos parece que se justifica por su utilidad, pues a la ventaja de su carácter explícito une la de precisar que el exceso podrá ser ininputable pero que en caso alguno podrá revivir la justificante.

Vigésimo  
primera.

Consideramos que el CPT debería contener un texto que declare que el consentimiento eficaz en materia de bienes disponibles (vinculándose, pues, a las normas "permisivas" del ordenamiento) es causa de justificación o elemento que permite que funcione otra de las causas justificantes previstas en el ordenamiento. Ese mismo precepto u otro debería fijar las condiciones básicas dentro de las cuales el consentimiento debe actuar para ser eficaz, pues esto último ya justifica por sí sólo la existencia de un precepto expreso. Por fin, todo ello debe entenderse sin perjuicio de que aceptemos que la regla general y más frecuente será que el consentimiento constituirá un elemento del tipo y, por lo tanto, que se trata de un problema referido legislativamente a la PE.

Vigésimo-  
segunda.

La obediencia jerárquica es, efectivamente, un problema muy delicado que presenta graves inconvenientes doctrinarios que dificultan una

fórmula legal. Sin perjuicio de las opiniones personales que hemos avanzado sobre la materia, un juicio definitivo deberá esperar a que se apruebe una fórmula, cuya redacción le ha sido encomendada a la C. de T. peruana.

Vigésimo-  
tercera.

Es preciso reconocer que la fórmula sobre inimputabilidad aprobada, cumple con las finalidades esenciales que le son propias, pues indica como causas posibles de inimputabilidad la enfermedad mental, el desarrollo psíquico incompleto y la grave perturbación de la conciencia en el plano de lo no patológico. Es, pues, una fórmula descriptiva que abarca las fuentes generalmente admitidas y que no se compromete con conceptos técnicos o psiquiátricos. Sin embargo, la redacción no nos parece del todo satisfactoria sobre todo en lo que se refiere a la distinción entre causas morbosas y meras perturbaciones que puede llevar a peligrosas intromisiones de los peritos psiquiatras; tampoco la frase "comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión", <sup>no</sup> nos parece mejor que la que ofrecía el texto original de la ponencia argentina ("comprender la ilicitud de su acción u omisión o regular su conducta conforme a las normas de derecho"), pues esta última, a nuestro juicio, solucionaba mejor los casos de quienes son inimputables no obstante comprender la ilicitud del acto y de conducirse de acuerdo a esa comprensión.

Vigésimo-  
cuarta.

El precepto que regula las acciones libres en su causa es de sencilla redacción y fácilmente comprensible; se ajusta a la mejor doctrina sobre el particular.



Vigésimo  
quinta.

El artículo que declara no punible a los menores de la edad señalada en la ley de cada país, aparte de lo absurdo de su redacción, es un precepto que si bien no era indispensable en el CPT (todo el problema de los menores debe ser objeto de una ley o código especial) tiene una cierta utilidad puesto que afirma el principio de que los menores de edad que señale la ley están fuera del CPT y cumple por ello con una función sistemática de método o de orden.

Vigésimo-  
sexta.

A nuestro juicio, el artículo que regula la semiimputabilidad o imputabilidad disminuida acoge una doctrina científicamente inaceptable y representa una posición superada : traslada al terreno de la imputabilidad lo que pertenece a la medida de la culpabilidad y al régimen de la aplicación de las penas y de las medidas de seguridad. Es en estos capítulos donde se deben dar normas y orientaciones precisas que le sirvan al juez de sentencia (y eventualmente al juez de ejecución) para imponer la sanción adecuada a la gravedad del hecho y a la intensidad del juicio de reproche y, si es necesario, para prescribir las medidas de seguridad que correspondan. Con la fórmula aprobada, lejos de ofrecerse una solución a este fundamental problema, se abre un camino casi ilimitado para falsas y peligrosas aplicaciones.

## EL PORVENIR

En el momento de escribir estas líneas, se puede afirmar que el porvenir del Código Penal Tipo para Latinoamérica discurre por un camino perfectamente definido, que ha dejado atrás importantes realizaciones y cuyo horizonte, más que una simple esperanza es una promesa cierta llena de fecundas posibilidades.

La próxima Reunión Plenaria debe celebrarse en Caracas en Julio de 1968. Se trabajará sobre un temario que abarcará los tópicos que no alcanzaron a ser tratados en Lima (concurso de delitos, efectos civiles del delito, extinción de la responsabilidad penal, una parte del capítulo sobre penas y medidas de seguridad) o que fueron reenviados a las comisiones de origen (comunicabilidad, embriaguez, reincidencia, etc.) y, posiblemente, algún punto de la Parte Especial que, como dijéramos, ya se encuentra distribuida entre las diferentes comisiones de trabajo.

Durante el actual intervalo, las comisiones deberán expedirse tanto en la preparación de los proyectos de textos que se encuentran pendientes como en el estudio recíproco de esos proyectos. Esto permitirá formar una documentación de considerable volumen, con un contenido científico de gran valor. Será un instrumento eficaz para lograr avances en la RP de Caracas dentro del criterio acordado en México y Lima: la maduración, previa y reflexiva, de cada uno de los textos que deberán convertirse en preceptos del CPT.

La agenda de trabajo y su documentación aneja, apreciadas bajo la experiencia obtenida en las tres reuniones plenarias anteriores, permiten formular como pronóstico no aventurado que en la RP de Caracas

se concluirá la Parte General del proyecto. Cuando se terminará la Parte Especial, ya es una conjetura de más difícil augurio. Sin embargo, después de más de cuatro años de labor ininterrumpida, el proyecto ha cobrado un impulso vital de tanta magnitud que es muy probable que el CPT se encuentre concluido antes de los diez años contados desde su iniciación, plazo a la vez prudente y breve si se considera la naturaleza y dimensión de la obra.

Frente a semejantes perspectivas y frente a lo ya realizado, no podemos menos que confesar un cierto asombro y reconocer cuan injustificado era el pesimismo con que todos, en mayor o menor medida, juzgáramos la iniciativa en sus primeros días. Hubo una sola excepción y, en verdad, quienes conocemos a Eduardo Novoa teníanos el inexcusable deber de haber comprendido que su capacidad y tesón eran factores suficientes para superar los obstáculos. Por cierto que sin la decidida concurrencia del grupo de prestigiosos juristas iberoamericanos que han puesto su saber y su esfuerzo al servicio de esta causa, el CPT no sería posible. Pero el mérito de la iniciativa y la voluntad que alienta, sin desmayo, la regularidad de los trabajos pertenecen por entero al Profesor Novoa Monreal.

El Código Penal Tipo para Latinoamérica es, pues, una realidad tangible que se habrá completado dentro de pocos años. Su existencia, científicamente, se justifica por si misma: el importante movimiento de ideas que ha suscitado y la masa de trabajos producida, con su inevitable y deseable contraste de pareceres, es razón bastante para que se persevere hasta dar cima a lo que debe ser un modelo de código penal, aprovechable en múltiples aspectos científicos y prácticos. Esta generosa contribución a un patrimonio cultural común, forma el más inmediato porvenir.

Empero, el CPT postula como finalidad fundamental ser el instrumento de la unificación legislativa iberoamericana en el campo del derecho penal. Ambicioso propósito que aunque no ha sido descuidado en ningún momento, está subordinado a un complejo tal de coyunturas políticas y de decisión que toda previsión actual es, más bien, una simple profecía. Se trata, en efecto, de un porvenir más lejano e incierto, pero tan atrayente y tan posible, que nos atrevemos a vaticinar para esta trascendente iniciativa un completo y definitivo éxito.

## NOTAS

(1)

Por cierto que la unificación legislativa no es una idea de hoy. La historia de la cultura conoce grandes manifestaciones de unificación (así la romana y la napoleónica; en cierto sentido, la hispano-ultramarina y el "common law" inglés) y uno de los fines primordiales atribuidos al Derecho Comparado (ese conocimiento universal del fenómeno jurídico y de las leyes constantes que lo gobiernan), por aplicación del "método comparativo" (von Ihering), es el de la elaboración técnica de las normas jurídicas como medio de alcanzar la unificación legislativa.

Restringiéndonos a las iniciativas más recientes y únicamente en el campo del Derecho Penal, podemos recordar: 1. El VIII Congreso Científico Americano (Washington, 1940), que sobre el tema "la aspiración a la uniformidad de la legislación", entre otras cosas, declaró: a) la unificación es posible en todos los campos; b) debe comenzarse por la unificación penal. 2. La Primera Conferencia de la Federación Interamericana de abogados (La Habana, 1941) en la cual se propuso elaborar "un código penal internacional para las Américas". 3. El Congreso Penal y Penitenciario Hispano-Luso-Americano y Filipino (Madrid, 1952) que aprobó la siguiente propuesta de su comisión sobre unificación penal: "La C. entiende ser altamente deseable que se realicen los esfuerzos necesarios para lograr la finalidad de redactar un CP único que sirva de legislación positiva en todos los países que componen el Congreso." 4. El IV Congreso internacional de abogados (Madrid, 1952) que se ocupó extensamente del problema de la unificación y de las leyes modelos desde el punto de vista del derecho continental y del common law y en el que se presentaron interesantes ponencias sobre objetivos, métodos y posibilidades. Para toda esta materia, véase F. CASTEJON "La unificación del derecho: situación actual y medios propuestos para su desenvolvimiento" (Ponencia al IV Congreso de Derecho Comparado), Madrid, 1953. 5. El II Congreso Hispano-Luso-Americano y Filipino (San Pablo, 1955) volvió a tratar el tema, especialmente sobre métodos (Ponencia del Dr. Martínez Viademonte). Literatura relativa al Proyecto de Código Penal Unico Hispano Americano: "Unificación de la Legislación Penal" por el Dr. José Agustín Martínez Viademonte, inserto en la Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios (Madrid) número 136, Septiembre-Octubre 1959; "A unificação do direito penal", por el Prof. Eduardo Theiler, inserto en la misma Revista que el anterior. El debate sobre este tema tuvo lugar en la sesión de 9 de Julio de 1952 y sus conclusiones se publican en la página 90, a continuación de

los estudios antes expresados. El tema del Código Penal Unico, especial método a seguir para su preparación y redacción, desarrollado por el Dr. José Agustín MARTINEZ VIADEMONTTE, se inserta en la separata del II Congreso Penal y Penitenciario Hispano Luso Americano y Filipino (San Pablo 19-25 Enero 1955). 6. El II Congreso Latinoamericano de Criminología (Santiago, 1941) también abordó el tema de "la reforma penal en América", del que fue ponente el Prof. Eusebio GOMEZ. Se aprobó una resolución en que se declara posible la unificación pero en muy concretas y determinadas materias de notoria implicancia internacional (Vid. Actas, Stgo., 1941, t. I pgs. 91-127 y t. II pg. 390). JIMENEZ DE ASUA, en su estudio de legislación comparada que precede a la colección de códigos penales Iberoamericanos (Caracas, 1946, pgs. 407-17), escribe unos interesantes párrafos sobre las posibilidades de unificación de los códigos de Hispanoamérica, concluyendo que ella sólo sería posible en "contados puntos". Afortunadamente, el profesor español ha variado su criterio restrictivo y es hoy uno de los principales motores del Proyecto.

Con todo, el mérito de la iniciativa concreta de un CP para Iberoamérica y de la forma en gran medida original, para ponerla en vias de ejecución, pertenecen por entero al Prof. NOVOA y al Instituto de Ciencias Penales de Chile.

En cuanto a su denominación, cabe advertir que el nombre original adoptado por los organizadores fue el de Código Penal Tipo para Iberoamérica; sin embargo, este último vocablo fue sustituido por el de Latinoamérica en la RP de Santiago, por insinuación de los delegados brasileños que consideraban que estaban mejor comprendidos bajo tal denominación. Por este motivo, los primeros documentos circulados dicen "Iberoamérica" y los posteriores a esa RP "Latinoamérica".

- (2) Proposición al Consejo Directivo de la AIDP (29. VIII.64) suscrito por los delegados Profs. NOVOA (Chile); JESCHECK (Alemania Oc.); HIRANO (Japón); NIKOFOROV (URSS) y MUELLER (USA), en vistas del gran interés suscitado por el tema en el curso de las sesiones del Congreso y de los trabajos de unificación en que están interesados los citados países. Además, hay que agregar que tanto en la comisión de juristas de la OEA como en el I. de Integración Latinoamericana dependiente del BID, se están promoviendo estudios sobre unificación legislativa latinoamericana.
- (3) Vid. Anexo I "Bibliografía".
- (4) Carta del Presidente del ICP dando a conocer el proyecto. Este documento, así como todos los que

que precedieron a la RP de Santiago y las actas de esta última se encuentran publicados en Criminalia (Vid. Bibliografía).

- (5) Criminalia cit., pg. 205. Desde una perspectiva más general, NOVOA ha insistido recientemente sobre el tema en un ciclo de conferencias sobre integración Latinoamericana.
- Dice así : "Si partimos de la base de que la legislación latinoamericana, en sus diversas ramas, corresponde en su enorme mayoría al sistema jurídico continental europeo, con influencia predominantemente latina,... razón por la cual se trata de una legislación codificada que en sus grandes líneas tiene principios básicos comunes, advertimos que hay en ella muchos elementos que facilitan una integración." Y agrega más adelante: "Por lo demás, la situación social, económica y cultural de los países latinoamericanos presenta facetas muy semejantes." (La integración jurídica latinoamericana, apartado 136 de la Rev. de D. y C.S. de la U. de Concepción, 1966, pgs. 4 y 5).
- (6) La expresión "Asamblea Constituyente" debe entenderse en un sentido figurativo para indicar el papel que la RS desempeñó al "constituir" las bases y los organismos que asumieron la tarea de llevar a la realidad el CPT. Pero, como se expresa en el texto, la independencia de la CR con respecto a organismos oficiales (nacionales o internacionales) es absoluta.
- (7) Tanto el "Plan de Trabajo" como los "Documentos de Trabajo preliminares" que se mencionan más adelante, se encuentran publicados, en extenso, en la Rev. Criminalia cit., pgs. 207 a 220. Sobre un plan general de integración jurídica, véase también el trabajo de NOVOA cit., pgs. 6 y sigts. Una interesante apreciación sobre los citados documentos se hace en la "crónica" sobre el CPT publicada en la R. v. de Derecho Español y Americano, año VII, N° 2, Madrid 1963, pgs. 95 y sigtes.
- Ya en este punto es preciso recordar el esquema de un Anteproyecto de Código Penal Español del Prof. Juan DEL ROSAL. En este trabajo de incorporación como miembro académico de número de la R. Academia de Jurisprudencia y Legislación (Madrid, 1964), el Prof. DEL ROSAL traza un esquema muy completo de los postulados que "sostendrán la bóveda" del anteproyecto español, labor a la que se encuentra vinculado en forma preeminente. Como ya dijéramos en anterior ocasión (Anuario de D. P. y Cs. Ps.,) su denso contenido, riquísimo en ideas, puede resultar cantera casi inagotable de sugerencias para los proyectistas de otros países. Es muy interesante destacar como la dirección político-criminal, en cuanto misión de eficacia y utilidad en la pre-

vención y represión de la delincuencia, que propone DEL ROSAL, es la misma que han adoptado, por unanimidad, los redactores del C.P.T. para L. En efecto, "existen una serie de problemas penales legislativos en los que reina absoluto acuerdo, al menos en su proyección político-criminal que vale tanto como decir en su eficacia práctica." (Esquema cit. pg. 15). Este "utilitarismo" no excluye, por cierto, que ambos proyectos se cimenten en una postulación básica de valores fundamentales inalienables y de estructuras técnicas maestras. Compárese, al efecto, el Cap. III del "esquema" (Los principios: valores fundamentales, principios técnicos y principios dogmáticos) con la "Declaración de Principios", naturalmente más condensados, que encabeza el proyecto de C.P.T. (Vid. infra N° 8 y anexo II).

- (8) Criminalia, cit. pg. 214. Por lo demás, la práctica ha venido a demostrar que, al menos en la PG, es posible llegar a un proyecto muy completo sobre la base de textos o preceptos perfectamente definidos. Hasta ahora, la realidad ha superado las más optimistas previsiones.
- (9) La redacción de los textos correspondientes debería encomendarse a una de las C. de T. que se formarían en conformidad al Estatuto orgánico aprobado en la misma RP. En lo sucesivo, el funcionamiento regular de las C. de T. permitió que se trabajara sobre la base de textos concretos propuestos por las indicadas comisiones.
- (10) Esta posición la adoptó el Prof. SOLER y fue invariablemente mantenida por él. Adhirieron a la misma los Profs. FRAGOSO, ETCHEBERRY y otros más. Véase Actas de la RS, sesiones de quinta a décima, Criminalia cit, pgs. 250 a 268.
- (11) La proposición aceptada decía textualmente: "Se elabore un preámbulo, en el que han de constar los distintos principios contenidos en el resumen de la mesa, y algunos otros que puedan surgir durante el curso de los debates. Sin perjuicio de ello, en el texto mismo del Código, o mejor dicho, en su articulado, se consagrará el principio de reserva conforme a un enunciado breve: "No hay delito sin ley previa que describa el hecho". En cuanto a los demás principios contenidos en el resumen de la mesa, se los examinará uno por uno y se los incorporará al articulado del Código siempre que así se estime conveniente." (Actas, sesión novena, Criminalia, pgs. 263-4).
- (12) Vid. Actas cit. pg. 268.
- (13) Cfr. actas de la RP de México, primera sesión del



19.X.65 ( ed. en ciclostil distribuida por el SE). Vid., especialmente, intervenciones de SOLER (pgs. 9 y 18); BUNSTER (pg. 19); FRAGOSO (pg. 19) y JIMENEZ DE ASUA (pg. 21). En el mismo sentido el Prof. REYES en artículo publicado en la Rev. de la U. del Externado (Colombia, vol. VII, N° 1, 1966, Hacia la unificación de la legislación penal latinoamericana). Refiriéndose a la DP dice: "solución no muy satisfactoria, a nuestro juicio, porque, quedando por fuera del articulado del Código, habrá necesidad de irlos incluyendo separadamente dentro de él cada vez que las circunstancias lo requieran, con lo que se produce una inútil pluralidad de normas." (pg. 31).

- (14) Cfr. nota (11); además, vid. actas RP de Santiago, final de la sesión novena (8.X.63). Criminalia cit. pgs. 264-5 y, especialmente, último párrafo, pg. 265.
- (15) En esta parte hemos seguido muy de cerca el trabajo preparado por el Prof. NOVOA y por nosotros y que se ha publicado en la Rev. Internationale de Droit Penal, año 1966, Nos. 1 y 2. En dicho trabajo se consignaban una serie de recomendaciones prácticas que son el fruto de nuestra experiencia de más de tres años.
- (16) Para la composición actual de las comisiones, véase anexo IV. Las C. de T. están integradas exclusivamente por profesores y sobre el particular es conveniente recordar lo manifestado por NOVOA: "A quienes arguyan que en la preparación de códigos modelos.. deben participar no solamente los profesores de derecho, que son los que pueden aportar la teoría jurídica, sino también los magistrados y abogados en ejercicio de la profesión, por ser éstos los que pueden proporcionar una visión de los aspectos prácticos de la legislación, podemos responder que dada la forma como está constituido el profesorado de derecho latinoamericano, se encuentran siempre en él a los magistrados más estudiosos y a los profesionales más caracterizados, que, sin perjuicio de sus labores judiciales o forenses, también participan en la cátedra." (Integración ... cit., pg.11)
- (17) La totalidad de las ponencias y las observaciones críticas que alcanzaron a despachar las comisiones mexicana y chilena, se incluyen en el volumen sobre la RP de México publicado recientemente en ese país.
- (18) Acuerdos Nos. 33, 34 y 35 adoptados en las sesiones del 21 y 22 de Octubre y acuerdo N° 95 tomado en la sesión del 29 de Octubre. El texto del Reglamento se publica en el vol. cit. sobre la RM.
- (19) Como se expresó, la totalidad de las ponencias se

publican en el vol. sobre la RP de México, ya cit.

- (20) Acuerdo N° 5, sesión del 19 Oct. 1965.
- (21) No prosperaron algunas indicaciones que significaban una revisión de acuerdos tomados en Santiago; por consiguiente, la misión de la asamblea se reducía a verificar si la C. chilena, al redactar los preceptos, había interpretado correctamente aquellos acuerdos. (Vid. actas de la RS, Criminalia cit. pgs. 235 y sigtes.).
- (21 bis) Sostuvo principalmente esta posición, SOLER (Vid. "Criminalia" cit, pgs. 295-96) apoyado por HUNGRIA, LAPLAZA y otros profesores. En contra: JIMENEZ DE ASUA, loc. cit., pgs. 295 y 311 (voto particular).
- (22) Acuerdos N° 6 del 19 Oct. 65 y 8 del 20 oct. 65.
- (23) Sobre este punto mantuvo una posición disidente (concretada en un voto particular) el miembro de la C. y relator de la misma, Prof. ETCHEBERRY para quien el tenor literaral del precepto no debía ser motivo de prevalencia absoluta, sino que debía considerarse en un mismo plano con los demás elementos y sólo reconocérsele preferencia en caso de que dos o más sentidos del precepto resultaren razonablemente posibles. El texto completo de la ponencia y su fundamentación en el vol. sobre la RM cit.
- (24) Actas de la RM (ed. ciclostil circulada por el SE), sesión del 19 Oct., pgs. 8, 9-10, 18-19). Sobre la naturaleza y alcance de la "Declaración de Principios" vid. retro, N° 8.
- (25) Actas cit., pgs. 13 a 17.
- (26) Trabajo publicado por el Prof. ETCHEBERRY en la Revista de Ciencias Penales, Tomo XXIV N° 3, 1965, pgs. 222-3.
- (27) Solamente votaron a favor las Cs. colombiana y chilena. No sin razón, ETCHEBERRY manifiesta su sorpresa de que incluso votara en contra la C. mexicana, única que había remitido observaciones a la ponencia chilena y en las que se manifestaba de acuerdo con la idea. También cabe advertir que para muchos de los que votaron en contra, la analogía ya estaba excluida del CPT en virtud de la DP. Acuerdo N° 6 del 19 Oct. 65.
- (28) Vid. retro nota 20.
- (29) Cabe subrayar que la C. chilena dejó constancia que los textos sobre el tema, que estaban incluidos en el proyecto rechazado, no debían considerarse sub-

sistentes como un proyecto autónomo de regulación del concurso aparente, cualquiera que fuera el lugar sistemático que se le asignara (Vid. actas, sesión del 20 Oct., mat.) porque "son proyectos que fueron pensados en función de reglas de interpretación de la ley y no directa, específica y autónomamente en función del concurso aparente de leyes." En ese momento la C. de Río había presentado un texto "alternativo" sobre la materia, cuyo examen fue diferido para una próxima oportunidad.

- (30) Actas cit., pg. 17.
- (31) "Estimó", pero no resolvió expresamente. En realidad, la última parte de la sesión del 19 Oct. y las votaciones correspondientes, adolecieron de cierta confusión que ha dejado en la penumbra algunos aspectos importantes.
- (32) Vid. retro N° 8.
- (33) Vid. el texto íntegro del acuerdo, ya cit., en nota 11 y en Criminalia cit. pg. 263. Cabe señalar que, en realidad, la consideración del problema de la analogía -que a nuestro juicio, debe incluir también reglas sobre la interpretación analógica- fue nuevamente traída a debate al comienzo de la sesión del 20 Oct., pero por ausencia del Prof. JIMENEZ HUERTA de México, autor de una moción concreta sobre el particular, se postergó su examen para más adelante. La RP terminó, sin embargo, sin que se volviera a considerar el asunto y esta es la razón por la que estimamos que, por ahora, subsiste el rechazo del precepto preparado por Chile y que esta materia deberá considerarse en una próxima RP.
- (34) Inexplicablemente y sin mayor debate (3 votos a favor, 6 en contra y una abstención), fue rechazada una moción del Sec. Ej. para aprobar el siguiente artículo único de interpretación: "Este CP será interpretado de acuerdo con la Dec. de Principios Fundamentales que lo preceden". Con esta regla, la única aceptable a nuestro juicio, se resolvía, además, la duda sobre la naturaleza de la DP, reconociéndole una efectiva fuerza positiva. (Vid. actas, sesión del 19 Oct., parte final).
- (35) Claro que no es a la ley a quien corresponde esa función pedagógica, sino a la adecuada preparación científica y técnica del Juez.
- (36) A menos que la ley obligara, bajo control de Casación o sanción de nulidad, a respetar en el razonamiento una determinada secuencia, lo que es absurdo. No podría sostenerse que ello sería factible en aquellas legislaciones que contienen normas sobre in-

nientes lexicográficos de la clasificación tripartita del StGB (Verbrechen; Vergehen y Uebertretungen) y de la denominación común para el presupuesto de la reacción jurídico penal (penas y medidas de seguridad) que no siempre exige la totalidad de los elementos configurativos del delito (delitos "completos" e "incompletos"). Véase, por ej., MAURACH, Tratado de Derecho Penal, Barcelona 1962, I, pgs. 149 y sigts.

(42 bis) Lo cual no excluye que en un sentido lógico la expresión "hecho" pueda comprender el "no hacer algo", cuestión de significado práctico muy importante si se considera que la fórmula constitucional del principio de legalidad está generalmente construida sobre el vocablo "hecho" (así, Constitución de Chile, art. 10 N. 11). Tienen razón POLITOFF y BUSTOS cuando escriben: "Del mismo modo como en una pieza musical tanto son hechos las notas como los silencios puestos por el compositor, en cuanto los silencios pasan a tener realidad al formar parte de un contexto significativo, así en la vida social no sólo juegan un papel las conductas activas, sino también las omisivas, y unas y otras son hechos, y pueden llegar a ser jurídicamente relevantes. (Omisión de socorro e hipótesis omisivas en el homicidio, por publicarse en el tomo XXV N° 3 de la RCP). Claro que el razonamiento se funda en una construcción lógico-valorativa y no puramente naturalística; por lo tanto, equivale a nuestro concepto de quehacer o conducta humana en sentido lato (contexto significativo).

(43) En efecto, es fácil advertir de la confrontación de los tres artículos aprobados que expresiones como "actividad delictuosa", "hecho", "delitos omisivos", "hecho punible", no han sido utilizadas con la uniformidad de significado y rigor conceptual que se deseaba. En suma, hecho punible no puede entenderse, en el sentido usual del léxico y de la ciencia, sino como sinónimo de delito y todo intento de distinción provoca fundados reparos (así lo reconoce MAURACH, op. cit. pg. 151) y siendo delito la palabra que mejor cuadra en nuestro idioma, es lamentable que el CPT la haya rechazado. Esto no excluye, como se ha dicho en el texto, que en el cuerpo de los preceptos se utilicen términos como "acto", "acción", "omisión", "hecho" (legalmente descrito, etc.), "tipo", cuando corresponda denotar uno de esos elementos, cuyos significados son ciertamente diferentes entre si y distintos al concepto sintético de delito. En cambio, distinciones más sutiles como las que se refieren al "delito incompleto" o al hecho simplemente "atribuible", nos parecen más propias de la dogmática que de la letra de la ley.

(44) Acuerdo N° 9; sesión del 20 Oct. 65 (10 votos en

contra de redactar una definición).

- (45) Vid. justificación de la ponencia por el relator de la Com., Prof. FRAGOSO; actas, sesión del 20 Oct. 65, mat., pgs. 4-7.
- (46) Actas cit., pg. 6. Por cierto que el planteamiento de la causalidad en la omisión es asunto sumamente discutible. Glosando la afirmación del Prof. HUNGRIA puede observarse que aún aplicando al revés el procedimiento de la "supresión in mente" (o sea, en vez de suprimir, "agregar in mente") nos encontramos ante un procedimiento hipotético que se basa en una hipótesis: se trataría, a lo más, de una "causalidad hipotética", pero no real, de donde muchos autores concluyen que en la omisión no hay causalidad (así, WELZEL, KAUFMANN, WOLF; en similar sentido, POLITOFF y BUSTOS, op. cit.). DEL ROSAL, en cambio, se inclina por la posibilidad de equivalencia o analogía conceptual de la relación causal en esta clase de formas delictivas (Lecciones, cit., pg. 257). Para un mayor desarrollo, cfr. infra, N° 34 y notas respectivas.
- (47) Nueve votos por la no regulación contra dos a favor (Profs. HUNGRIA y DA COSTA); acuerdo N° 10 de 20 Oct. 65.
- (48) El Prof. JIMENEZ DE ASUA afirmó (actas, sesión cit., pg. 9) que la doctrina está en condiciones de llegar a una solución. Nosotros preferimos mencionarlo en sentido potencial, por lo que se dice infra en el texto. En todo caso, la pregunta de causalidad no puede ser contestada por la ciencia sino a través de la equivalencia de las condiciones, única que refleja la vinculación entre fenómenos como nexos de probabilidad y no de certeza (que sólo la produce una experiencia universal). Ahora, el problema reside en saber si ello interesa al derecho y así MAURACH orienta el problema de la causalidad "al servicio del derecho penal". Por su parte, DEL ROSAL centra perfectamente la cuestión al introducir en el examen del nexo causal, fundado en la teoría de la condición ("que lógicamente subraya en su esencia la causalidad"), el correctivo de la relevancia penal, proveniente de cada tipo concreto. (Lecciones, I, pg. 264). Pero, insistimos, se trata de un problema de dogmática y no de fórmula legal expresa.
- (49) Singularmente el Código Italiano. Los autores no están de acuerdo en cual es la doctrina que sigue este código y la labor jurisprudencial ha demostrado que sus normas sobre causalidad no han sido útiles en la práctica.
- (50) SOLER (actas, cit. pgs. 10-11) "pone el dedo en la

llaga" al destacar este aspecto básico del problema. Nadie ignora ni discute que la doctrina finalista no niega la relación de causalidad, pero por ser la acción una actividad "final", el hombre dirige su actividad en orden a una meta (fin) predeterminado, orientando hacia esa meta el suceder causal externo. Se superpone, pues, en función selectiva, la voluntad final de la acción (contenido de voluntad del autor) al mero nexo causal material, con lo que la consideración del "nexo final" lleva al problema de la causalidad por derroteros muy diferentes a los seguidos por la doctrina "tradicional".

- (51) El art. 1º por 10 votos a favor y una abstención (acuerdo Nº 11) y el art. 2º por unanimidad (acuerdo Nº 12); sesión del 20 Oct. mat. La ponencia brasileña estaba notoriamente inspirada en el proyecto de CP para la Rep. Argentina de que es autor el Prof. Sebastián SOLER (arts. 8, 9 y 10).
- (52) Por lo que toca a la redacción, véase las observaciones sobre cuestiones terminológicas, retro.
- (53) Actas, sesión del 20 Oct. mat., pg. 7. La indicación taxativa de las siguientes fuentes del deber jurídico de obrar: la ley, el negocio jurídico y la situación de peligro creada precedentemente por el propio omitente, figuran en el párrafo 8º del contraproyecto de P.G. del C.P. alemán presentado por BAUMANN y, en forma muy semejante, en el proyecto de C.P. para Portugal de que es autor E. CORREIA (ambos publicados en 1963) La C. de Río sigue sustancialmente este camino, aunque introduce algunas modificaciones de cierta importancia, según se indica en el texto. También optan por la enumeración taxativa de las fuentes el proyecto para Argentina de SOLER y el proyecto para Brasil de HUNGRIA. Como es sabido, la cuestión suscitó gran polémica en el seno de la Gran Comisión para la reforma del C.P. alemán, pero en el proyecto de 1962 prevaleció la fórmula amplia de exigir que el omitente "tuviese que responder jurídicamente de que el resultado no se produjera" (par. 13).
- (54) Actas, sesión del 20 Oct., mat. pg. 18 y vesp. pgs. 1 a 3.
- (55) Este criterio del Prof. SOLER nos parece discutible; sobre el particular, vid. infra, Nº 34 y especialmente nota (73).
- (56) Actas, cit. pgs. 19 y 21. SOLER, incluso, era partidario de una fórmula más rigurosa respecto de la tercera fuente del deber propuesta por la C. de Río, que dijera: "a quien asumiendo la responsabilidad de que el resultado no ocurriera, determinó con ello

que el riesgo fuera afrontado." Esta modificación fue aceptada por la Comisión ponente.

- (57) Actas, sesión cit., pg. 17. La fórmula sustitutiva redactada por el Prof. LAPLAZA y apoyado por JIMENEZ DE ASUA decía así: "Responderá por el resultado quien no lo impida, cuando podía y debía evitarlo, de acuerdo con las circunstancias."
- (58) Actas, sesión del 20 Oct. vesp., pg. 11.
- (59) Actas, sesión cit., pgs. 4-7. BUNSTER postuló una postergación del tema para una próxima reunión porque, a su juicio, todavía no se habían madurado suficientemente los delicados y difíciles problemas que se suscitaban. Esta proposición fue rechazada por nueve votos.
- (60) En esta materia, la reciente monografía de RODRIGUEZ MOURULLO, La omisión de socorro en el código penal Madrid, 1966) es de fundamental interés. Como este autor, consideramos que la distinción entre delitos de mera conducta y de conducta y resultado, no obstante las objeciones de que ha sido objeto, es una clasificación que al nivel de los elementos del tipo que fundamentan la punibilidad (la mera conducta como suficiente o la conducta y además el resultado) constituye una realidad evidente que no puede discutirse. Pero reconocemos que la clasificación propuesta podría ser criticada por su falta de utilidad práctica, pues para muchos autores lo único que interesa es la existencia de dos clases de omisión verdadera: la omisión propia y la omisión impropia o comisión por omisión. Lo único que distinguiría la una de la otra es que la primera se encuentra legislada y la segunda no, ya que la omisión con resultado puede darse tanto en una hipótesis como en la otra, según el sistema legal concreto. Sin embargo, esto último no excluye la validez de la clasificación trimembre que nos parece más ajustada y más útil por todas las razones que se desarrollan en el texto. Vid. también nota (64).
- (61) En este grupo encajaría el delito del art. 234 del C.P. chileno a que aludía el Prof. BUNSTER denominándolo como "figura anómala" (según SOLER) de comisión por omisión culposa expresamente prevista por la ley.
- (62) Por cierto que esto último es posiblemente el aspecto más relevante de la problemática de estos delitos y, por lo mismo, uno de los más discutidos. Vid. infra Notas (68) y (69).
- (63) Aunque el asunto sólo tiene verdadera importancia desde un punto de vista dogmático para aquellos sistemas que, como el español, incluyen la acción y la

omisión en la definición de delito, es útil recordar que muy caracterizados autores han considerado los casos de comisión por omisión como incluidos en las "acciones penadas por la ley", es decir, como un supuesto de acción (por omisión). Sin embargo, no nos parece posible esta distorsión de la realidad y aquellas omisiones no comprendidas explícitamente en un tipo legal, pero que pueden ser comprendidas en las formas de ejecución de los tipos de resultado "indiferentes", en ese sentido, son, realmente, "omisiones penadas por la ley". Cfr. R. MORULLO, op. cit., pgs. 102 y sigtes.

- (64) En rigor, el nombre de "delito de comisión por omisión" también puede alcanzar a los delitos de omisión con resultado porque, efectivamente, dicho resultado depende de la omisión y por ello se comete (como se comete el delito) mediante la omisión prevista en el tipo. Sin embargo, la circunstancia de que estos delitos únicamente puedan realizarse mediante una omisión y la necesidad ineludible de diferenciarlos de aquellos que admiten indistintamente ambas hipótesis, nos inclinan por aceptar la diferente terminología propuesta por R. MORULLO y reservar la "comisión por omisión" a este último grupo que es, por lo demás, el único que interesa a los efectos de la cuestión en debate.
- (65) Cfr. WELZEL, El nuevo sistema de Derecho Penal, Barcelona 1965, pgs. 59\_60; también en relación concreta con los delitos comisivos por omisión, Das Deutsche Strafrecht, IX A., pgs. 188\_9.
- (66) En general, la mayoría de los tipos de resultado admiten ambas modalidades comisivas, pero hay casos de que no. Así, por ej., se cita con frecuencia en España el caso de las injurias ("acción ejecutada") que no se podría cometer por una omisión, vr. gr., no dar la mano que se extiende para saludar; silenciar cargos, títulos u honores a los que se tiene derecho.
- (67) Como es bien sabido, los esfuerzos dogmáticos en la materia han seguido una trayectoria que va desde los primeros criterios causalistas hasta los deberes jurídicos de actuar (posición de garante) con múltiples orientaciones y variantes según las legislaciones y la jurisprudencia o doctrina que las interpreta. Siquiera reseñarlas no sólo excedería los límites de estos comentarios sino que sería un alarde impertinente. Con las breves disquisiciones apuntadas no pretendemos hacer cátedra; solamente explicar los hilos que conducen los fundamentos de nuestro criterio frente a la forma como se ha resuelto un problema penal que nos parece de palpitante interés en la hora actual. En general, toda extensión que en este comentario exceda los márgenes propios de



una simple glosa, debe entenderse motivada por ese único signo justificativo. Por lo mismo, las citas bibliográficas sólo responden a fines de apoyo muy limitados y específicos.

(68)

Si bien todas las soluciones de equiparación que la doctrina o la jurisprudencia hayan buscado fuera del texto de la ley (sean ellas causalistas o fundadas en deberes morales o jurídicos no dimanantes de texto expreso) pudieran justificarse por una necesidad de extrema justicia material, al ser gravemente atentatorias contra el principio de legalidad, provocan nuestro más decidido repudio, tanto en doctrina pura como bajo la orientación dirigida hacia un código nuevo. En verdad, ésta fue la opinión predominante en la RM. Las escasas voces que se alzaron para que no se regulara este asunto en el CPT obedecieron, más bien, a un recurso táctico como alternativa del momento en el caso de que no se aprobara determinada fórmula.

En el estado actual del problema, estamos ciertos de que existe un consenso absolutamente mayoritario en orden a que el fundamento jurídico que mantiene a los delitos de comisión por omisión dentro de los límites del principio de legalidad es el deber jurídicamente obligatorio de custodio o posición de garante (prescindimos por el momento de la cuestión causal vinculada al elemento naturalístico de la posibilidad real de actuar; sobre esto último, vid. infra nota 69). Lo que no es tan pacífico es el criterio respecto de la exigencia de una mención expresa de la ley en tal sentido. Así, BUSTOS y POLITOFF en su trabajo sobre la omisión cit., después de reconocer que "el problema en lo que respecta a los delitos de omisión impropia reside en que la posición de garante no se halla como mención expresa y no cabe duda que ello deilita la función de garantía del principio de reserva", agregan que esto no parece ser obstáculo insalvable "ya que la existencia de una frase escrita tal como "teniendo el deber jurídico de impedirlo" u otra equivalente, no agrega nada respecto de la búsqueda necesaria para determinar cuando se da este deber jurídico". Fundamentan de este modo su posición: "Ya hemos visto que la asimilación del no hacer al hacer positivo sólo es posible cuando la acción omitida era jurídicamente obligatoria, y vimos también que mientras en los delitos de acción la atribución del hecho al autor se funda en la causalidad natural, en los delitos de omisión se funda en la posición de garante; y tal como nunca ha sido necesario que la ley se refiera expresamente a la causalidad en los delitos de acción, tampoco resulta imprescindible que la ley se remita a la posición de garante en los delitos de omisión. En consecuencia, la exigencia no escrita de que hay un deber jurídico de impedir el resultado,

se confunde con el fundamento mismo de la atribución del resultado al autor en la omisión. El problema de una posible infracción al principio de reserva se plantearía si los márgenes de este deber jurídico de actuar fueran equívocos o imprecisos, si no fuera determinable con claridad quienes tienen la posición de garante requerida por el tipo y para ello tanto vale que esté escrita o no escrita la exigencia de un deber jurídico. Pero esta posición de garante aparece debidamente precisada a través del ordenamiento jurídico y es allí donde el juez encontrará sus límites, como sucede también con los llamados elementos normativos; ciertamente en algunas legislaciones, como la alemana, en que se concede gran importancia a la costumbre, estas fronteras serán más extensas, pero no por ello menos fijas." Sin duda que los anteriores son buenos argumentos de lege lata, cuando se está constreñido a interpretar un texto como el chileno que silencia toda referencia al punto. Sin embargo, es particularmente dudosa la equiparación "argumental" que hacen los autores entre la causalidad en los delitos de acción y el deber de garante en los de omisión, pues la índole naturalística de la primera y la condición normativa de la segunda, no autorizan esa asimilación: la causalidad se produce, efectivamente, fuera de la ley; la vinculación normativa jamás. Otra cosa es que dicha posición se infiera del orden jurídico en su contexto, pero es entonces cuando surge, en buena técnica legislativa, la necesidad de una cuidadosa reglamentación (lo que no quiere decir extensa o recargada). Es fácil decir que "el problema... se plantearía si los márgenes de este deber jurídico.. fueran equívocos o imprecisos.." pero, en el hecho, el problema se plantea porque la precisión deseada sólo será efectiva cuando las condiciones límites básicas se encuentren expresamente definidas por la ley penal. Por ello nos aferramos decididamente a la solución que propugnamos en el texto.

- (69) Desde el momento en que la omisión se inserta necesariamente en una cadena causal precedente capaz de originar (causar) en un sentido naturalístico el evento, el "no impedir" lo que puede ser impedido es, siempre, una concausa y, como tal, irrelevante a la postre para proporcionar el criterio diferencial que nos permita "elegir" las omisiones equiparables. Esta selección -como el problema general de la causalidad en la omisión- terminará siempre fundándose en criterios valorativos (la acción "esperada"; la "probabilidad" de un nexo causal distinto, etc.). La impotencia de las soluciones simplemente causales ha sido reconocida por los sectores más autorizados de la doctrina italiana y alemana desde hace bastantes años y mucho antes que irrumpiera en la escena

del derecho penal la doctrina final de la acción que, lógicamente, reafirma los criterios normativos. El precepto del C. italiano (art. 40) no encierra una fórmula causalista, puesto que habla de la "obligación jurídica de impedir" y de que "equivale" a causarlo. Efectivamente, el problema no es el de determinar la omisión que causa el resultado, sino la que "equivale", según un fundamento normativo, a causarlo. Por este motivo discrepamos de la opinión emitida por el Prof. LAPLAZA en una de sus intervenciones (actas, sesión 20 Oct. vesp., pgs. 8-9) y del sentido "causalista" que le atribuye tanto al problema en general como al citado art. del C. italiano en particular.

Por otra parte, lo anterior no quiere significar que los delitos de comisión por omisión estén absolutamente marginados del problema causal y de referencias al ámbito de lo natural. Se parte, en efecto, de la preexistencia de un acontecer causalmente determinado, extraño al sujeto, que éste, sin embargo, tiene el deber de alterar impidiendo el resultado previsible como resultado de ese acontecer o cadena causal y el elemento vinculatorio básico es, como queda dicho, el deber de actuar derivado de una especial obligación de garantía. Sin embargo, este vínculo no es una relación causal por lo que, a diferencia de los delitos de acción, la atribución del hecho a su autor requiere, además del ligamen normativo, una condición de orden natural: la posibilidad real de actuar conforme a las circunstancias concretas del momento y de las personas a cuyo cargo está el deber; sin la concurrencia de esta condición no es exigible el deber de actuar. Se trata, por lo demás, de una nota común a toda omisión (que se opone a la característica de los delitos comisivos en que hay una efectiva actuación), sólo que en la omisión simple basta esa posibilidad de obrar (unida a un deber genérico de actuar conformado a las concretas condiciones del particular tipo comisivo) y, en cambio, en los impropios, a la mera posibilidad se une el deber específico de obrar dimanante de la posición de custodio. En suma, como se dijo al principio de la nota, la cuestión de la causalidad en estos delitos (y en la omisión en general) se reduce, en último análisis, a un problema de orden puramente hipotético: la potencialidad previsible de la conducta exigida (o esperada) para evitar el resultado no querido, según un juicio de probabilidad fundado en datos de la experiencia común y, de este modo, se entronca directamente con la condición consistente en la posibilidad real de actuar, o lo que puede llegar a ser lo mismo, de evitar el resultado. De ahí que algunos autores (Vid. nota 46), especialmente finalistas, nieguen de plano que la omisión sea causal (y, por lo tanto, final, con sus implicancias directas en la función

del dolo). Con todo si, manteniéndose por cierto en el terreno de lo hipotético, se considera que la posibilidad real de actuar puede llevar, luego de la debida prognósis, a la afirmación de que con toda probabilidad (lindante con la certeza) el resultado se habría evitado, sería legítimo, a contrario, pensar en una falta de causalidad potencial de la acción omitida (y negar el delito de omisión), "ya que en un caso concreto pueden existir las condiciones y aptitudes reales para ejercitar una actividad que, sin embargo, no habría evitado el resultado." (Cfr. BUSTOS y POLITOFF, op. cit.).

- (70) Véase, infra, N° 36.
- (71) Derecho Penal cit., II, pg. 281.
- (72) Por eso WELZEL califica a los delitos de comisión por omisión como "auténticos delitos especiales."
- (73) Discrepamos, por lo tanto, con una opinión muy generalizada en la RM y compartida por profesores que se encontraban en posiciones abiertamente discrepantes: que los delitos de comisión por omisión sólo pueden ser dolosos. No vemos donde se encuentra el fundamento de tan rotunda afirmación ni cual es ese "elemento constitutivo especial del tipo" referido a dichos delitos que hace solamente admisible la forma dolosa. Creemos que ellos siguen las mismas reglas que los delitos de acción. El quebrantamiento del deber de actuar (posición de garante) -esencia última de esta categoría de delitos- puede ser o doloso (bajo todas las formas posibles de dolo) o culposo (también bajo todas sus formas). Las limitaciones de la forma culposa podrán derivar de la punibilidad excepcional de la culpa o de exigencias típicas determinadas, fundantes del deber, que hagan incompatible la culpa; pero, en ningún caso, en razón de que dichos elementos constitutivos del tipo supongan en forma general y necesaria un no actuar exclusivamente doloso. Ciertamente que la presencia, en numerosas legislaciones, de un dispositivo común (la culpa bajo su aspecto omisivo de negligencia configurante del delito culposo en conexión con ciertos tipos de acción o una cláusula general de delito imprudente, vr. gr. art. 565 del C.P. español, latamente interpretada) ha permitido a la jurisprudencia resolver con más seguridad y frecuencia las hipótesis culposas, relegando a la categoría de casi insolubles los casos de omisiones comisivas de carácter doloso, resueltos pocas veces y, entonces, con una gran (pero no censurable) timidez. Tales circunstancias contingentes y de lege lata no nos pueden hacer derivar -sobre todo en tareas legislativas- hacia una bifurcación sistemática irreal.
- (74) Tratado de Derecho Penal, III, Buenos Aires 1954,

pg. 364.

- (75) En esto se advertía un concenso general en la sala.
  - (76) WELZEL. El nuevo sistema... cit. pg. 60.
  - (77) Reconociendo la flexibilidad que este principio debe adoptar frente al sector ineludible de tipos que necesitan ser "integrados" por una apreciación judicial.
  - (77 bis) Sobre la posibilidad real de actuar, véase lo expuesto en nota (69).
  - (78) Cfr. R. MORULLO, op cit. pg. 95. Los dos grupos de posiciones de garantía son : aquellos que derivan de especiales deberes que incumben al autor respecto a la protección de determinados bienes jurídicos; y aquellos otros que encuentran su base en la creación de un peligro para otros o en la responsabilidad dimanante de la apertura de fuentes de riesgo.
  - (79) Es el riesgo evidente de dejar "casos afuera", con lo cual todo revierte a lo del principio: o se dejan impunes esos casos o se violenta la ley.
  - (80) Sin embargo, la discusión no siguió exactamente el mismo orden pues, por razones circunstanciales, se discutió antes el punto relativo a la imputabilidad, que alcanzó a ser despachado casi en su totalidad en sesiones anteriores a las que se dedicaron a las justificantes. Aquí nos ceñimos estrictamente al orden del temario que es el mismo en que se han publicado los textos aprobados.
- El tenor de los cuatro artículos propuestos era el siguiente: (1) "No delinque el que obrare en cumplimiento de un deber legal o en el uso de su derecho"; (2) "No delinque el que encontrándose ante una situación de peligro actual causare un daño para evitar otro razonablemente mayor o inminente, siempre que el necesitado no tuviere el deber jurídico de afrontar el riesgo"; (3) "No delinque el que obrare en defensa de su persona o de sus derechos, o en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurriesen las siguientes circunstancias: a) agresión ilegítima y b) necesidad razonable de la acción tendiente a impedirla o repelerla" y (4) "Todo exceso en el actuar de los casos anteriores será reprimido con la pena para el delito culposo". Como se puede apreciar este articulado sigue muy de cerca al proyecto de CP para Argentina de SOLER. Para la intervención del Prof. ROY FREIRE, vid. actas, sesión del 25 Oct. mat., pg. 24.
- (81) Esta denominación, genérica y exclusivamente de com-

promiso, es nuestra.

- (82) Como en tantos otros, en este caso, la expresión proviene de la traducción de terminología alemana, pero a diferencia de lo que ocurre con alguna frecuencia, el término castellano es irrecusable.
- (83) En materia de imputabilidad y culpabilidad, por el momento, el sistema adoptado no es el mismo (ya por el contenido de los preceptos respectivos, ya por los epígrafes utilizados). Vid. los textos en anexo V.
- (84) En contra, por ej., NOVOA. (actas, sesión cit. 30).
- (85) Actas, sesión cit., pg. 31.
- (86) Acuerdo N° 48, sesión del 25 Oct., vesp.
- (87) No es este el lugar para plantear, ni siquiera incidentalmente, la polémica sobre el alcance de las justificantes respecto del tipo, asunto que mira a la concepción misma de la estructura del delito. Para nosotros. tipo (y su concreción) y antijuricidad, se mueven en distintos planos: la realización del tipo revela indiciariamente su antijuricidad, pero ésta requiere para ser afirmada de un examen posterior (negativo) que compruebe la no concurrencia de una c. de justificación que elimine la contradicción con el orden jurídico; luego, esas causas (preceptos permisivos) se refieren, presuponen, el tipo y no pueden eliminarlo. Lo que se excluye es la antijuricidad de su realización.
- (88) Las c. de justificación pertenecen, en efecto, a la totalidad del derecho; esto es pacífico, pero para muchos autores (principalmente alemanes) incluye tanto el derecho positivo como el no positivo (consuetudinario, etc...).
- (89) Como es sabido, las doctrinas "monistas" tratan de encontrar un fundamento unitario para todas las c. de justificación que permita encerrarlas en una sola cláusula general. Así la "teoría del fin" (DOHNA-SCHMIDT); la "ley jurídica básica" (SAUER); "la adecuación social" (WELZEL), etc. Todos estos intentos han recibido certeras críticas y pueden considerarse fracasados. (Cfr. MAURACH, op. cit. I, pgs. 362 y sigtes.) Por otra parte, los intentos de sistematización basados en ciertas notas comunes son sólo admisibles como tarea de dogmática concreta (así, en Alemania, MEZGER y el propio MAURACH). En Chile, ETCHEBERRY se inclina por la sistematización de MEZGER (principios de la ausencia de interés y del interés preponderante) (Derecho Penal, Santiago, 1964, I, pgs. 219 y sigtes.).

- (90) Una apreciación extraordinariamente amplia, al estilo alemán, de lo que comprende el ordenamiento jurídico, D. consuetudinario, jurisprudencia, etc., podría, ciertamente, resolver casos de L.D. o de E.N. justificante aun cuando no estuviesen consagrados en la ley. Sin embargo, esta solución nos parece muy improbable dentro de nuestra tradición jurídica: el ordenamiento no lo compone exclusivamente la ley, pero se requiere, al menos, una disposición legiferante. En este último sentido, Cfr. NOVOA, Curso de D.P. chileno, I, pg. 424.
- (91) Esta es la posición de SOLER, quien sólo reconoce dos causas de justificación: la ley y la necesidad (siendo la L.D. un caso particular de "situación necesitada"). Vid. proyecto de C.P., Buenos Aires 1961; exposición de motivos, pg. 11.
- (92) Ya SILVELA se pronunciaba en contra de esta eximente en el C.P. español, por considerarla demasiado evidente.
- (93) Constituye, además, la mejor manera de resolver, dentro de la ley, los casos de las llamadas "justificantes supralegales." (Sobre el valor dogmático de esta disposición, vid. NOVOA, op. cit., I, pg. 425).
- (94) "Ejercicio legítimo de un derecho" es, en efecto, una expresión más apropiada y tradicional que "uso de un derecho", pero la idea en esta última es perfectamente clara y precisa. Lo mismo puede decirse sobre "no comete delito" en vez de "no delinque".
- (95) Se ha observado, no sin razón, que la división entre deberes y derechos es artificial, porque todo deber implica un derecho y viceversa. En rigor, pues, con decir "ejercicio legítimo de un derecho" habría sido estrictamente suficiente. También "por disposición de la ley" como propuso el Prof. SANABRIA (actas, sesión 25 Oct. vesp. pg. 2).
- (96) Por 6 votos en contra y 5 a favor, se rechazó incluir los vocablos "autoridad, oficio o cargo" a continuación de la frase "ejercicio legítimo de un derecho". Actas, sesión cit., pg. 7.
- (97) Para opiniones a favor, véase actas cit., intervenciones de SOLER (pg. 1) y de NOVOA (pg. 3). Sobre el consentimiento del ofendido, vid. infra N° 42.
- (98) Acuerdos Nos. 49 a 62; sesión del 25 Oct. vesp.
- (99) Para nosotros, reiteramos, la L.D. es una situación muy especial de necesidad. El punto de partida de L.D. y EN es exactamente el mismo: un conflicto de bienes o deberes; la agresión ilegítima configura,

sin embargo, una posición excepcional que requiere reglas particulares.

- (99 bis) Cfr. DEL ROSAL, Lecciones cit. I, pg. 359.
- (99 ter) Actas, sesión del 25 Oct. vesp., pg. 18. En el mismo sentido se pronunció SOLER: "me parece que se trata de un texto que proviene de una tradición muy firme,... y me parece razonable que cuando no hay un motivo muy fuerte para abandonar una fórmula que tiene una amplia experiencia, lo más prudente es mantenerla (actas cit. pg. 21). Inspirada en dichos textos, aunque completada dogmáticamente, es la definición ya clásica de JIMENEZ DE ASUA que, a nuestro entender, condensa sin desperdicio la estructura cabal de la L.D. tal como la concibe hoy la doctrina absolutamente dominante: "Repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedirle o repelerla." (Tratado, IV, Bs. As. 1952, pg. 26).
- (99 quart) Con estilo muy recargado, la fórmula peruana primitiva decía: "...el que obrare en defensa de su persona o de sus derechos, o en defensa de la persona o derechos de otro...", lo que fue observado por JIMENEZ DE ASUA, proponiendo en sustitución la frase que se acogió en definitiva (actas, sesión cit., pgs. 22 y 24.
- (99 quint) Lecciones cit., I, pgs. 352-54.
- (100) Por 7 votos a favor y 4 en contra; acuerdo N° 65; sesión del 26 Oct. mat.
- (101) Para comprobarlo, véase la reciente monografía de CORDOBA RODA Las eximentes incompletas, Oviedo, 1966, pgs. 126 a 155; a nuestro entender, este autor, dueño de una vasta información y de un buen razonamiento dogmático, no logra, empero, sustraerse del todo a los efectos peligrosos del confusio-
- (102) Nótese, pues, que no se trata de aquél a quien "se le pasa la mano" en la repulsa y continúa con su acción defensiva aun cuando la agresión haya cesado, pues esta continuidad del acto defensivo (excesivo) respecto de una agresión (real o putativa; no hay duda que el exceso también cabe en esta última hipótesis) mantiene el asunto en el plano de la intensidad y, por ende, en la figura propia del exceso. La "extensión" se utiliza - y así lo demuestran los casos de jurisprudencia en su inmensa mayoría- para las hipótesis en que la repulsa comienza después que la agresión ha terminado.



- (103) Actas, sesión del 26 de Oct. mat., pg. 1; en el mismo sentido -aunque por distintos motivos- los profs. HUNGRIA (loc. cit., pg. 1); SOLER (pgs. 1 y 6); NOVOA (pgs. 4 y 8); REYES (pg. 6) y FIERRO (pg. 6).
- (104) Los estados necesarios son, por su esencia, un balanceamiento o ponderación de múltiples situaciones con límites extremos. Como bien dice QUINTANO "Excusado es decir que, aun para atenuar, la desproporción ha de ser relativa, guardando una mínima racionalidad con la entidad del bien arriesgado, por lo que jamás sería aplicable a quien agrediese a tiros a un niño que hurtase frutas o situaciones análogas de flagrante inadecuación del medio." (Curso, I, Madrid 1963, pg. 377). Claro que en este supuesto tampoco funcionaría el requisito de la necesidad de la defensa.
- (105) Ahora, si se admite -como nos parece correcto- el elemento subjetivo de la justificante, el asunto queda aun en forma mucho más incuestionable; no se puede concebir una defensa que no esté conscientemente dirigida al fin defensivo, compenetrada de intención final. Nótese, igualmente, que nos estamos moviendo exclusivamente en el terreno del dolo o de la culpa y no de la culpabilidad (juicio de reproche). Este último recaerá, naturalmente, sobre el sujeto que cometió el acto típico (acto defensivo) doloso o, en un último extremo, preterintencional; véase más adelante, en el texto.
- (106) No cabe duda que ese es el pensamiento de SOLER y que no se trata de una simple equiparación de pena. La fórmula por él propuesta (como la de su proyecto) habla claramente de "exceso culposo". El Prof. HUNGRIA (actas cit., pg. 7) propuso agregar a la fórmula de SOLER un inciso ("aun cuando punible el hecho por exceso doloso, el juez puede atenuar la pena") que, a nuestro juicio, habría posiblemente configurado -con algunos retoques- la mejor fórmula. Sin embargo, pasó sin pena ni gloria y no alcanzó a ser votada por aprobarse antes el texto propuesto por el Prof. ETCHEBERRY.
- (107) Sin contar con que las limitaciones típicas de la figura culposa podrían llevar a impunidades (en materia de daños sobre todo) que no responden a una adecuada política criminal.
- (108) La defensa iba dirigida hasta cierto límite, pero por un error imputable a culpa en la utilización de los medios, se traspasó ese límite y se causó un mal mayor. La figura no nos parece posible en el exceso en la causa: la provocación podrá haber sido producto de un atolondramiento o descui-

do (culpa) pero ocurrida la agresión y tomadas las medidas de defensa subsecuentes, éstas últimas tendrán un carácter intencional (fin de defensa).

- (109) Vid. retro, nota (102).
- (110) Posiblemente difícil si se le da el valor que corresponde a los antecedentes o "historia de su establecimiento" (actas).
- (111) Actas, sesión cit., pg. 7.
- (112) En este sentido, NOVOA y JIMENEZ DE ASUA (actas cit., pgs. 3 y 4).
- (113) Así, el Prof. BUNSTER, actas cit., pg. 4, el que estuvo por la aprobación, bajo reserva de una ulterior uniformación de los conceptos.
- (114) Contenida en las "observaciones" a la ponencia peruana, remitidas al SE con anterioridad a la RM.
- (115) Actas, sesión cit., pg. 11.
- (116) Diez votos en contra y uno sólo a favor (México); acuerdo N° 66, sesión del 26 Oct., matutina.
- (117) Actas, sesión cit., pgs. 11 y 12.
- (118) No pensamos, por cierto, en quien se encuentra en una posición estrictamente mezgeriana pues, en tal caso, la distinción no tendría objeto y todo el asunto queda radicado en la "fase negativa" de la antijuricidad (principio de la ausencia de interés). En un interesante trabajo recientemente publicado (El consentimiento del ofendido, "Cuadernos de los Institutos" de la U. de Córdoba, Argentina, N° 93, 1967, pgs. 15 y sigtes.), el prof. a. de esa Universidad, José SEVERO CABALLERO, demuestra como la cuestión del consentimiento del ofendido en el derecho y en la doctrina comparados ha sido cuidadosamente reducida a un problema de justificación para lo cual se han excluido todas las situaciones que importan una exclusión del tipo delictivo (ya porque el consentimiento constituya una circunstancia o característica del tipo, o porque la tipicidad se funde en el desistimiento o porque el sentido objetivo del tipo lo suponga). De este modo, todos los requisitos o condiciones previstos para la eficacia del consentimiento son, en realidad, supuestos ajenos a la falta de tipicidad y, por consiguiente, los casos de verdadera aplicación del consentimiento justificante se han limitado a muy pocas hipótesis (lesiones corporales leves, delitos contra la honestidad y el honor, ciertos delitos contra el patrimonio) y, aun en esos casos, se ha observado que el consen-

timiento no actúa como causa autónoma de justificación, sino subordinado a criterios decisivos para su admisión ("las buenas costumbres"), por lo que debería concluirse que como justificante su campo de aplicación es muy estrecho y condicionado. Las anteriores premisas lo llevan a afirmar que, al menos en el derecho argentino, el consentimiento cuando no funciona como excluyente del tipo (lo más frecuente) sólo constituye una circunstancia que posibilita el ejercicio de una causa autónoma de justificación (especial, como por ejemplo en el aborto terapéutico; o general, como en el caso de lesiones "médicas" en relación con el ejercicio legítimo de una profesión). Compartimos, en general, este criterio. Sin embargo, lo limitado del ámbito del consentimiento como justificante no es motivo para disminuir su importancia y para omitir preceptos sobre la materia, siquiera sea porque "los casos de cese de esa preponderancia de la seguridad jurídica (que determina que la protección típica de todo bien jurídico domine sobre el valor privado que sobre ese bien tenga su titular).... sólo puede ser expresa." En cuanto a la función más o menos autónoma o más o menos subordinada que el consentimiento como justificante pueda tener, pensamos que se trata principalmente de un problema de lege lata y no propiamente ontológico, pues no hay obstáculo de esa naturaleza para que, dentro de las especiales condiciones legales, el consentimiento sea o elemento posibilitante de otra c. de justificación o justificante autónoma, o bien, ambas cosas según la particular estructura de derecho positivo.

(119) La denominación de "tipos anormales" a fuer de local nos parece, en todo caso, que es asunto superado. Por perfecta que sea la técnica, no creemos posible ni deseable evitar que, en casos concretos, el tipo contenga referencias normativas, subjetivas, etc. etc.

(120) A nuestro juicio se trata, pues, no de una "indiferencia del derecho", sino de un interés subordinado o relativo frente a los bienes que, conforme al derecho en general, son efectivamente disponibles. Compartimos plenamente la reserva de SOLER (actas cit., pg. 12) de que, en ciertos casos, el consentimiento juega para configurar el delito, pero en una forma especial o mixta porque el bien jurídico no es un mero interés individual, sino jurídico (en sentido de generalidad). También estamos con NOVOA (Op. cit. pg. 414) de que la sólo circunstancia de que un delito sea de acción privada no lo transforma en un caso de interés exclusivamente particular. Con todo, siempre permanecerán en pie los casos en que el interés jurídico coincida exactamente con el del titular del bien protegido.

Todavía es preciso considerar la opinión de quienes consideran que una fórmula sobre el consentimiento no debe limitarse al círculo de los bienes disponibles. Para este sector de la doctrina, el consentimiento como materia de justificación no se agota frente a los casos de bienes disponibles. Razonan de esta manera: cabe sostener la ilicitud del aborto porque la madre no puede disponer de la vida del feto, mas si está en juego su vida (de la madre) sí es lícito dar muerte al feto. Pero no podría decirse que el conflicto es solamente entre la vida de la madre y la vida del feto, porque si la madre se niega a permitir el aborto, aún a riesgo de su propia vida, (por razones de conciencia, por ejemplo) la conducta del médico que, no obstante, efectuara el aborto no consentido no parece que fuera lícita. Y el fundamento de la ilicitud de esa conducta (otra cosa es una exculpación por distintos motivos) se encontraría en que la libertad que expresa el consentimiento es, también, un bien jurídico digno de protección, que por si sólo no será bastante, muchas veces, para justificar la lesión de otros bienes, pero que unida a otro interés (vida del feto en el ejemplo propuesto) pasa a tener preeminencia (sobre la vida de la madre en este ejemplo). En todo caso, no cabe duda que buena parte de la lex artis médica está integrada por elementos no solamente de salud o integridad corporal que deban ampararse, sino también de voluntad del enfermo que contribuye a legitimar o a volver legítima la intervención médica.

(120 bis) Véase sobre esto último nota (118) in fine.

(121) Cfr. NOVOA, Curso cit. pg. 415. Tales requisitos se refieren a si el titular del bien es uno o varios; a las condiciones de capacidad que debe reunir el titular para prestar su consentimiento; a la forma de expresarlo; a su carácter específico, etc.

(122) Acuerdo N° 92 del 11.IV.67.

(123) En verdad, el criterio de NOVOA sobre la materia no es exactamente el que se expresa en el artículo de FRAGOSO citado más abajo (nota 124 bis). Para el profesor chileno la regla general básica es que la orden ilegal no debe ser obedecida y en los casos excepcionales que deba serlo (obediencia ciega o absoluta) el problema se debe resolver mediante reglas especiales que juegan en el ámbito restringido de esos casos de excepción; así, en materia militar; (el caso propuesto por FRAGOSO respecto del oficial de justicia tiene, en Chile, regla especial). Ahora, los casos límites o extremos que se presenten en la esfera ordinaria se podrán solucionar aplicando las reglas del error o de la no exigibilidad. Por último, cuando se trata de una orden lícita no hay dificultad alguna pues opera una justificante.

- (124) Véase arts. "F" y "G" del cap. sobre la culpabilidad en el anexo V; la discusión y aprobación de esos textos (acuerdos Nos. 87 a 91) se llevaron a efecto en Lima (sesión del 11.IV.67):
- (124 bis) Cfr. FRAGOSO A terceira reuniao da comissao redatora do código penal tipo para a América Latina, separata de la "Revista Brasileira de Criminología e Direito Penal", Nº 16, 1967, pg. 62\_3.
- (124 ter) En contra, sin embargo, NOVOA, Derecho Penal cit. I, pg. 421.
- (124 quart) Así, SOLER. También WELZEL (cit. por FRAGOSO loc. cit.) considera como un caso de autoría mediata la situación de obediencia militar. Esta posición no deja de tener cierto parentesco con la solución propuesta por P. ORTIZ en Chile que relega al subordinado a la condición de mero instrumento del superior jerárquico. Lo que en todo caso nos parece inadmisibles para conferir el rango de justificante, son los argumentos basados en una colisión de deberes o en un estado necesario.
- (125) Véase, retro.
- (126) Esto último nos parece pacífico cualquiera que sea la postura que se adopte con respecto a la relación entre imputabilidad y culpabilidad (presupuesto o elemento del juicio de reproche). Tampoco es del caso aludir a toda la rica problemática que origina este elemento, que va desde su fundamentación filosófico-jurídica hasta las modernas cuestiones planteadas con la estructura de la "atribuibilidad" defendida por MAURACH. Sobre estos aspectos, vid. la monografía que se acaba de publicar (Barcelona, 1966) de F. DIAZ PALOS, Teoría general de la imputabilidad.
- (127) No nos parece atendible, pues, la censura de FRAGOSO (actas, sesión del 22 Oct. mat., pg. 7) a la fórmula argentina en el sentido de que sería exclusivamente psicológica.
- (128) Ponencia de la c. argentina, Sec. I, pg. 3 del documento circulado en la RM (las ponencias, como se ha dicho, se publican en el volumen especial dedicado a esa R. plenaria). Ver también las intervenciones del Prof. JIMENEZ DE ASUA, en actas, sesión del 22 Oct., mat., pgs. 1-6 y 14-16.
- (129) Actas, cit. pg. 11.
- (130) ETCHEBERRY citó los casos del error y del miedo. El primero nos parece dudoso que consista en un "estado mental", a menos que se de al concepto una extensión

excesivamente desmesurada; en cuanto al miedo, aun cuando no sea un terror paralizante, parece difícil excluirlo de la idea de una "grave perturbación de la conciencia"; con lo cual la fórmula aprobada no escaparía al reproche capital de ETCHEBERRY al proyecto de la comisión, pero admitimos que quizás sea psicológicamente posible la existencia de un miedo que sin llegar a consistir en una grave perturbación de la conciencia (inimputabilidad) se considere suficiente para excusar la conducta del agente (inculpabilidad). Son dudas que nos limitamos a dejar planteadas.

- (131) En efecto, sea que se considere la inimputabilidad como presupuesto (o soporte existencial) de la culpabilidad o como uno de sus elementos integrativos, ambas juegan en planos diferentes y la distinción entre inimputabilidad e inculpabilidad mantiene toda su vigencia. Así, MAURACH, dentro de su particular desarrollo de la culpabilidad, distingue claramente las dos situaciones, (Cfr. Tratado cit., pgs. 31 y sigts.).
- (132) Véase en actas cit. las intervenciones de FIERRO (pg. 6); FRAGOSO (pgs. 7-8); REYES (pg. 8); BUNSTER (pg. 9); DA COSTA (pg. 10); ETCHEBERRY (pg. 11). Además, cabe señalar que la ponencia argentina había sido objeto de observaciones por la C. Mexicana; sin embargo, el Prof. PORTE PETIT se inclinó por la fórmula argentina (actas cit. pg. 10). Respecto de los criterios limitativos propuestos, estamos con JIMENEZ DE ASUA en que el estado patológico o morbozo (FIERRO y BUNSTER) no es suficiente, pues deja afuera los casos de inconsciencia no patológica; lo de "anormalidad" (C. mexicana) es un concepto impreciso que nada dice en definitiva; y, que la "anomalía mental" (REYES) viene a ser lo mismo que decir "patológica".
- Verdaderamente, la posición desidente más sensata y equilibrada, aunque nos merezca los reparos que se expresan en el texto, era la que en definitiva triunfó, esto es, indicar con las expresiones lo menos comprometedoras posibles las tres fuentes o causas de la inimputabilidad más generalizadas: insuficiencia mental; perturbaciones morbosas y grave alteración de la conciencia (no morbosa). Era, ciertamente, un criterio descriptivo perfectamente aceptable al que había aludido en sus notas explicativas la propia subcomisión argentina.
- (133) Vid. actas cit., pgs. 17-18.
- (134) Acuerdo Nº 36 del 22 Oct. 65. La fórmula tiene, además, mucha semejanza con el C.P. alemán vigente (par. 51).

- (135) Entendidas como morbosas o no; transitorias o permanentes.
- (136) Cfr. texto de la ponencia, ya cit., pgs. 3 y 4.
- (137) Además, se conformaba mejor con la estructura general del sistema. La culpabilidad exige la posibilidad de comprender (elemento intelectual) la ilicitud del acto concreto que se realiza, pero la capacidad de conducirse o de obrar (capacidad de poder) es una capacidad que debe estar en consonancia con las normas de derecho en general, lo mismo que la ilicitud (antijuricidad) es la actuación que no se conforma a deber, a derecho; es la contradicción de todo el ordenamiento jurídico. Entiéndase bien que al decir que preferimos la otra fórmula, no queremos significar que la aprobada no sea correcta en lo esencial ya que obviamente considera tanto la capacidad de comprensión como el no poder reprimir el acto no obstante esa comprensión; en todo caso, la voz "determinarse" es ambigua ya que pareciera establecer una distinción, aquí irrelevante, entre lo intelectual y lo volitivo.
- (138) De este modo no habría duda que la fórmula respondería completamente a las dos nociones básicas del sustrato psicosomático de la imputabilidad: madurez (o desarrollo) y salud (en sentido amplio) mental. Naturalmente que la imputabilidad no es simplemente una referencia estática y rígida a ciertos rasgos que el individuo arrastra consigo para todo lo que haga (es imputable tanto cuando lee el diario, gira un cheque sin fondos o cuando estrangula a su esposa). La imputabilidad debe ser referencia del autor a un hecho determinado; el psicópata irascible podrá ser inimputable respecto de su delito de sangre y ser plenamente imputable al infringir una ley aduanera. Pero estos extremos no alteran en nada el aspecto capital del asunto en cuanto la imputabilidad es siempre referencia al sustrato psicosomático del individuo, examinado, naturalmente, en relación con el hecho concreto juzgado. Aunque puede ser un antecedente valioso, una declaración de imputabilidad no debe significar necesariamente una declaración igual en un caso posterior o distinto; en este sentido, la imputabilidad es, efectivamente, variable y relativa. Relacionado con esto, el problema sobre la regulación de la motivación anormal derivada de estímulos del pasado, a diferencia de la coacción que mira a un peligro futuro. (Cfr. RL, sesión del 11.IV.67).
- (139) Viene a ser, pero al revés, el voto del Sec. Ej. (ver actas, sesión 22 Oct. vesp., pg. 27) que decidió la contienda. En todo caso, los motivos del Prof. NOVOA eran muy atendibles y estaban inspirados en la más absoluta objetividad científica.

- (140) Acuerdo N° 43; sesión del 23 Oct. mat.
- (141) Acuerdos Nos. 45, 46 y 47; sesión del 25 Oct., mat. El mandato tiene carácter amplio, sin perjuicio de que los redactores deban atender las opiniones manifestadas en la sala. Se trata, en verdad, de un delicado tema que, especialmente en Latinoamérica, debe ser tratado con gran cuidado para que sin alterar los principios básicos de la responsabilidad penal se pueda hacer frente en forma eficaz a este importante factor de la criminalidad, muy difundido en una de las formas delictuales que más preocupan en la actualidad en el mundo entero: la que deriva de la circulación automotriz.
- (142) La mantención de este vocablo fue resuelta por 6 votos contra 5 (acuerdo N° 42, sesión 22 Oct. vesp.). Para la defensa del concepto, vid. actas, sesión 22 Oct. vesp., pg. 33) (JIMENEZ DE ASUA) y pg. 36 (LAPLAZA). Críticas a ese texto, principalmente el Prof. SCHWEITZER (pg. 34).
- (143) Este es un problema que queda resuelto con la doctrina de MAURACH: para todas las medidas que no sean estrictamente penales basta la "atribuibilidad" del acto; en cambio, la imputabilidad es capacidad de culpabilidad sin cuya concurrencia no es posible, en caso alguno, una responsabilidad de esta clase.
- (144) El aspecto más importante -que no queda resuelto con el art. XXXX y que, quizás, debería atender el CPT- es el de una determinada zona de edad juvenil en la que imputabilidad es posible, previa una calificación de discernimiento. Ahora, pronunciado éste positivamente, el menor resulta imputable. Pero estos menores y, en general, los sujetos jóvenes, pueden beneficiarse -en razón de su edad- de una atenuación de pena, lo cual, a nuestro juicio, es un asunto de culpabilidad strictu sensu y, aún, de simple política criminal.
- (145) Vid. ponencia citada, pg. 2. El texto del art. XXX, propuesto conjuntamente por los profs. PORTE PETIT, FRAGOSO y FIERRO, fue aprobado en virtud del acuerdo N° 70 en la sesión del 27 Oct., mat. por 9 votos a favor y 2 en contra. La idea de tratar el tema de inmediato había sido aceptada poco antes por 8 votos a favor y 3 en contra (acuerdo N° 67).
- (146) Quizás sea éste el punto más débil del precepto. La expresión "imputabilidad gravemente disminuida", propuesta y mantenida en un voto desidente por FIERRO es más certera, aunque tampoco soluciona, a nuestro juicio, el problema de fondo.
- (147) Junto con el Prof. JIMENEZ DE ASUA, fue LAPLAZA quien se opuso más enérgicamente y con mejores argumentos



al art. XXX. También los profs. REYES y SILVA. (Ver actas cit. pgs. 2, 5, 7 y 10). A favor, con argumentos más o menos pragmáticos, intervinieron los profs. FIERRO (actas cit. pgs. 1 y 8); PORTE PETIT (pg. 3); FRAGOSO (pg. 4) y ETCHEBERRY (pg. 11). Para opinión contraria, véase también REYES, artículo cit., pgs. 42-43.

- (148) Piénsese solamente en los psicópatas, argumento constante en quienes defienden la categoría y que, por esencia, exigen un estudio completo de personalidad
- (149) Célebre es la polémica entre VON LISZT y A. PRINS en el Congreso de Hamburgo de 1905 de la AIDP y sus secuelas posteriores: ley inglesa de 1913; proyecto Ferri de 1921; Congreso Penitenciario de Londres de 1925, etc.
- (150) Con respecto a los menores, la ley sustituye el criterio valorativo que decide la imputabilidad por el de una presunción. Cabe advertir que la consideración de una edad intermedia en que la imputabilidad se decide conforme a una apreciación concreta de madurez (discernimiento) -técnicamente aconsejable- viene a ser una atenuación en la rigidez de la presunción, que nada tiene que ver con los semiimputables. La atenuación de la pena a los menores con discernimiento y, en general, a los menores de cierta edad superior al límite máximo de inimputabilidad, es un problema de medida de culpabilidad (o de política criminal).
- (151) MAURACH acertadamente dice que "la expresión imputabilidad disminuída es, por equivoca, desafortunada". (Tratado cit., II, pgs. 119 y ss.). No es, en efecto, cuestión de imputabilidad (el sujeto es imputable) sino de culpabilidad, de cantidad de reproche o medida de pena. La justificada enemiga de los alemanes por el art. 51 inc. 2º del C.P. de su país (introducido por una ley de 1933 sobre delincuentes habituales) se manifiesta en autores de la más diversa tendencia; así, MEZGER, Tratado, Madrid 1948, II, pg. 411.
- (152) Este criterio está claramente expuesto en MAURACH: "La disminución de la imputabilidad importa disminución de la culpabilidad. La necesidad de compensar la menor capacidad de conocimiento y mayor inestabilidad, por el correspondiente esfuerzo... beneficiará al autor. Si sucumbe al estímulo criminal, deberá tenerse en cuenta que su capacidad de resistencia.. es, en él, menor que en un sujeto normal. Este defecto del poder origina una disminución de reprochabilidad y, por lo tanto, del grado de culpabilidad." (Op. cit. pg. 120).

- (153) No vamos a ocuparnos en este momento de la difícil cuestión de la medida de la peligrosidad que, en Chile, hizo hablar a P. ORTIZ, con mucha gracia, del "peligrosómetro"; en todo caso, sea por el acto, sea por la personalidad, la peligrosidad debe fatalmente ser objeto de valuación.
- (154) Sea en el sentido estricto de MAURACH o, simplemente, en el sentido de la "suitas" italiana o de la "mismidad" (JIMENEZ DE ASUA).
- (155) Cfr. MEZGER, loc. cit. Justo es reconocer que el art. 42 b) introducido por la indicada ley de 1933 hace aplicable la medida de seguridad junto a la pena, pero es preferible propender a una colaboración más íntima de ambos elementos.
- (156) La aplicación de la medida de seguridad junto a la pena que no se modifica es, por lo demás, un sistema acogido con mayor o menor timidez, desde hace tiempo por muchos códigos "clásicos".
- (157) No quisiéramos con lo dicho aparentar posturas extremas que, en realidad, no compartimos. Ciertamente que las garantías individuales de la persona humana deben poner un límite a todo este "afán" curativo y, por ello, miramos con mucho recelo arbitrios como el llamado en Francia "dossier de personnalité". Es muy respetable la posición de quien, habiendo cometido un delito, quiere que se le deje "cumplir en paz" su castigo, sin someterse a los exámenes de esa legión de "especialistas" que penetran, una y cien veces, en su más íntima esfera personal y familiar. ¿No es éste un castigo adicional que desborda el principio de la responsabilidad penal? Sin embargo, la realidad social y criminológica nos obliga -como en casi todos los aspectos de nuestra difícil vida contemporánea- a ceder terreno y abrir la puerta a esta "invasión" del ámbito individual. Es que, como dice DIAZ PALOS: "Con las soluciones propugnadas actualmente parece que se concilian la retribución y la defensa, la culpa y la peligrosidad, la pena y la medida asegurativa; y debe procurarse a toda costa no romper ese prudente equilibrio, en el que se hallan comprometidos la libertad de la persona y la paz social." (op. cit., pg. 181). Por otra parte, debemos advertir que en todo lo dicho sobre medidas de seguridad, sólo estamos pensando en aquellas aplicables a quienes -imputables o no- hayan cometido un hecho delictivo.
- (158) El problema es, pues, más que sistemático, conceptual y práctico. Aunque exista fundamental acuerdo en el juego de pena disminuida y medida de seguridad (Vid., por ej., proyecto SOLER, art. 25), no es lo mismo, científicamente, hablar de imputabilidad

disminuída (la cual no existe, a nuestro juicio) que de medida de la pena y, prácticamente, fijar criterios seguros al juez para estos fines de medida que consagrar una indefinida nebulosa, festín de los peritos psiquiatras, que puede desembocar en las más rotundas injusticias.

- (159) Acuerdos Nos. 72, 74, 75 y 76, sesión del 27 de Oct., vesp. Las sesiones dedicadas al debate sobre la culpabilidad fueron las correspondientes a los días 27, 28 y 29 de Octubre de 1965.
- (160) El sistema general sobre el error propuesto por la C. chilena fue rechazado por 6 votos contra 4 a favor y una abstención. (Acuerdo N° 77, sesión 28 Oct., mat.).
- (161) Acuerdos Nos. 82 a 94.
- (162) Sesión séptima del 11 de Abril de 1967. El texto íntegro de la ponencia chilena y su fundamentación, se publicarán en el volumen correspondiente a la Reunión de Lima.
- (163) Acuerdos Nos. 80 a 92 de fecha indicada.
- (164) Es verdad que la LD y el EN, así como lo relativo a la obediencia jerárquica, también fueron materias tratadas y aprobadas en Lima. Sin embargo, por ser temas muy circunscritos que prácticamente habían agotado la discusión en México y que estaban inmersos en capítulos totalmente elaborados, consideramos preferible en tales casos hacer una excepción y evitar vacíos intermedios, abordando ahora su examen.

A N E X O S

## I. BIBLIOGRAFIA

Las principales fuentes para el estudio del proyecto de CPT para L., de que se dispone en la actualidad, son las siguientes:

1. Revista "Criminalia" (año XXXI N° 5, 31.V.65); número dedicado exclusivamente al CPT y que contiene: a) antecedentes, plan de trabajo y documentos preparatorios; b) invitados que concurren a la primera reunión (Stgo., 1963); c) Estatuto de la CR; d) Reglamento de trabajo; e) Comisiones de trabajo (su composición a la fecha); f) la unificación penal en el IX Congreso de la A. I. D. P. de La Haya (1964); y g) actas de la Primera Reunión Plena -  
ria.

2. Ponencias y observaciones presentadas por las diversas Comisiones de trabajo en la Segunda RP de México (1965). Editadas en ciclostil por la SE.

3. Actas y acuerdos de la RP de México; edición en ciclostil (SE).

4. Ponencias y observaciones presentadas por la C. de T. a la Tercera de Lima (1967); edición en ciclostil (SE).

Toda la documentación señalada, disponible en cantidades limitadas, es distribuida por el SE de la CR (Huérfanos 1147 Of. 546, Santiago de Chile) a las instituciones o especialistas que justifiquen su interés por

disponer de ese material.

Además, se encuentra en circulación un volumen impreso (1967) que editó en México la Procuraduría General de la República y que contiene toda la documentación indicada en los Nos. 2 y 3, conjuntamente con los discursos, asistentes y demás información complementaria relativa a la RP de México.

5. Ponencias, observaciones y acuerdos de la RL, edición en ciclostil (SE).

Por otra parte, se han publicado noticias e informaciones sobre el CPT, entre otras, en las siguientes revistas especializadas: Lecturas Jurídicas (Nº 14. Enero-Marzo de 1963, pgs. 9 y sgtes.); Revista de Ciencias Penales (Tomo XXII, Nº 2, Mayo-Agosto de 1963, pgs. 276 y sgts.); Revista Brasileira de Criminología e Direito Penal (Año 1, Nº 3, Agosto-Diciembre de 1963, pgs. 113 y sgts. y Nº 4, pg. 145); Journal of criminal law (Vol. 55, 1963, pgs. 266 y sgtes.); Revue de Science Criminelle et de Droit Penal comparé (año 1964 Nº 1, pgs. 212 y sgtes.); Revista de Derecho Español y Americano (año VIII. Oct.-Dic. de 1963, pgs. 95 y sgtes.); Revue Internationale de Criminologie et Police Technique (Vol. XVIII Nº 2, Abril-Jun. 1964, pgs. 146 y sgtes.); Revista de Ciencias Penales (Tomo XXIV, Nº 3, Septiembre-Diciembre 1965, pags. 325 y sigtes); Revista de Derecho Español y Americano (Año X, Oct.-Dic. 1965, pgs. 219 y sgtes.); Revue Internationale de Droit Penal (Año 1966 Nos. 1 y 2); apartado Nº 136 de la Revista de Derecho y Ciencias Sociales de la U. de Concepción (año 1966); Revista Brasileira de Criminología e Direito Penal (año IV, Nº 15, Octubre-Diciembre de 1966 y Nº 16, Enero-Marzo de 1967, pgs. 69 y 55 respectivamente; Revista de la Universidad del Exter-nado de Colombia Vol. VII Nº 1, año 1966, pags. 25 y sigtes.); y Revista de Ciencias Penales (Tomo XXVI Nº 1 Enero-Abril de 1967).

## II. DECLARACION DE PRINCIPIOS

La Comisión Redactora de un Código Penal Tipo para Latinoamérica, considerando la necesidad de consolidar las estructuras jurídicas que puedan, en este momento histórico y para esta parte del mundo, afianzar la justicia, la seguridad social y el ejercicio recto y eficiente del magisterio punitivo, dentro del respeto a los valores esenciales de la persona humana, establece los siguientes

### PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

que deberán inspirar y orientar la elaboración de las leyes penales en América Latina y su ulterior aplicación.

#### I

Nadie puede ser condenado en razón de un hecho que no haya sido previamente declarado punible por la ley.

#### II

Nadie puede ser condenado a penas que no hayan sido expresamente conminadas por ley anterior al hecho cometido.

#### III

Nadie puede ser condenado por disposiciones que no tengan el carácter formal de leyes penales previas.

#### IV

Las leyes penales deben describir hechos punibles de manera precisa e inequívoca, sin dejar dudas sobre su prohibición.

En ningún caso se podrán configurar hechos punibles o imponer penas por aplicación analógica de la ley penal.

#### V

Las leyes penales se aplican por igual a todas las personas, sin discriminación alguna.

## VI

No hay delito sin culpabilidad. Las leyes penales deberán proscribir toda forma de responsabilidad objetiva.

## VII

La responsabilidad penal es estrictamente personal. Las medidas de seguridad sólo pueden ser aplicadas a quienes reunan las condiciones previstas por la ley penal.

## VIII

Nadie puede ser condenado sino en virtud del debido proceso legal previo, seguido ante tribunal competente y constituido de modo regular. La defensa libre es condición indispensable para el debido proceso. En ningún caso se admitirá el juzgamiento por tribunales de excepción.

## IX

La persona juzgada regular y definitivamente no podrá serlo de nuevo por el mismo hecho.

## X

La persona sometida a proceso penal se presume inocente mientras no sea condenada.



### III. ESTATUTO DE LA COMISION REDACTORA DE UN CODIGO PENAL TIPO PARA LATINOAMERICA

Los penalistas latinoamericanos que suscriben, reunidos en Santiago de Chile por invitación del Instituto de Ciencias Penales de Chile, han acordado organizarse para preparar un Código Penal Tipo para Latinoamérica, conforme al Estatuto siguiente:

ARTICULO 1o.- Créase la Comisión Redactora de un Código Penal Tipo para Latinoamérica, con el carácter de entidad privada y con exclusivos propósitos científicos y de bien público.

ARTICULO 2o.- La Comisión Redactora de un Código Penal Tipo para Latinoamérica se compone de:

- a).- El Secretariado Ejecutivo;
- b).- Las Comisiones de Trabajo;
- c).- Las Reuniones Plenarias.

ARTICULO 3o.- El Secretariado Ejecutivo estará a cargo del Instituto de Ciencias Penales de Chile, con sede en la ciudad capital de dicha República. El Presidente del citado Instituto será el Secretario Ejecutivo de la Comisión.

ARTICULO 4o.- Formarán las Comisiones de Trabajo las personas o instituciones designadas por el Secretariado Ejecutivo directamente o a propuesta de cada una de las Comisiones de Trabajo o de algunos de sus miembros. Se propenderá a la formación de una o más Comisiones Nacionales o Regionales.

ARTICULO 5o.- Las Reuniones Plenarias se celebrarán periódicamente, en los lugares que se fijan al efecto por el Secretariado Ejecutivo. Ellas se llevarán a cabo mediante convocatoria de las Comisiones de Trabajo y se procurará asegurar la asistencia de todos los miembros de esas Comisiones o, al menos, de representantes de ellas.

A las Reuniones Plenarias podrán concurrir observadores de Gobiernos, organismos internacionales y entidades científicas, judiciales y universitarias, previo acuerdo del Secretariado Ejecutivo o de la Reunión misma.

El Secretario Ejecutivo integrará necesariamente las Reuniones Plenarias.

ARTICULO 6o.- El Secretariado Ejecutivo, además de lo establecido en los artículos precedentes:

a).- Reune, ordena y distribuye todas las informaciones y elementos de investigación o estudio que sirvan al propósito de la Comisión;

b).- Encomienda las tareas asignadas a las Comisiones de Trabajo y señala los plazos que corresponda para la presentación de resultados;

c).- Centraliza y dirige las comunicaciones que se requieran;

d).- Designa a sus colaboradores directos y al personal de su dependencia;

e).- Administra los fondos de la Comisión y rinde cuenta de su administración a la Reunión Plenaria;

f).- Prepara los informes, temarios y documentos para las Reuniones Plenarias;

g).- Proyecta el Reglamento de sesiones generales;

h).- Ejerce todas aquellas atribuciones que sean necesarias y convenientes para el mejor cumplimiento de los fines que persigue la Comisión, en cuanto no correspondieran a las Reuniones Plenarias.

ARTICULO 7o.- Corresponde al Secretario Ejecutivo asumir la representación de la Comisión creada por el artículo 1o. para todos los fines legales o administrativos y dirigir las labores del Secretariado Ejecutivo.

ARTICULO 8.- Las Comisiones de Trabajo cumplirán las tareas de investigación y estudio encomendadas por el Secretariado Ejecutivo, dentro de los plazos que este último establezca.

ARTICULO 9.- Las Reuniones Plenarias debatirán y resolverán todas las cuestiones que conciernan a la marcha de la Comisión y, en especial, a la adopción del Reglamento de sesiones y al ordenamiento y aprobación de los textos y antecedentes que compondrán el Proyecto de Código Penal Tipo.

ARTICULO 10o.- Los fondos de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Latinoamericano, estarán constituidos por subsidios, donaciones y contribuciones de cual - quier naturaleza.

ARTICULO 11o.- (Transitorio). Los profesores invitados a participar de la "Reunión para estudiar las bases de un Código Penal Tipo para Latinoamérica", celebrada en Santiago de Chile del 4 al 16 de noviembre de 1963, firmarán el acta constitutiva de la Comisión creada por el artículo 1o. del presente.

En Santiago de Chile, a dieciséis de noviembre del año mil novecientos sesenta y tres.

Firmaron:

Luis BRAMONT ARIAS, Alvaro BUNSTER BRICEÑO, Manuel CASTRO RAMIREZ, Luis COUSIÑO MAC IVER, Tomás CHADWICK VALDES, Alfredo ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Luis FERNANDEZ DOBLADO, Helene Claudio FRAGOSO, Ricardo FRANCO GUZMAN, Jorge FRIAS CABALLERO, Basileu GARCIA, Manuel GUZMAN VIAL, Nelson HUNGRIA, Luis JIMENEZ DE ASUA, Francisco P. LAPIAZA, Arnulfo MARTINEZ LAVALLE, Ricardo MEDINA MOYANO, AGUSTÍN MENDEZ, Eduardo NOVOA MONREAL, Daniel SCHWEITZER SPEISKY, Miguel SCHWEITZER SPEISKY, Sebastián SOLER, J. Miguel TAMAYO, Eduardo VARAS VIDELA.

IV. COMISIONES DE TRABAJO DEL PROYECTO DE CODIGOPENAL TIPO PARA LATINOAMERICA.ARGENTINA

Presidente José María PAZ ANCHORENA

Eduardo AGUIRRE OBARRIO

José F. ARGIBAY

Enilio P. F. BONNET

Luis C. CABRAL

Guillermo J. FIERRO

Jorge FRIAS CABALLERO

Carlo V. GALLINO YANZI

Ernesto R. GAVIER

Francisco P. LAPLAZA

Mario Héctor PENA

Onar LIMA QUINTANA

Eduardo MARQUARDT

Gerardo PEÑA GUZMAN

Enrique RAMOS MEJIA

Ernesto J. URE

BRASIL    Río de Janeiro

Presidente Prof. Nelson HUNGRIA

Aníbal BRUNO

Heleno Claudio FRAGOSO

Nelson HUNGRIA

Benjamin MORAES

Alcides MUNHOZ NETTO

Oscar STEVENSON

Sao Paulo

Noé AZEVEDO

Paulo José DA COSTA Jr.

Euclides Custodio DA SILVEIRA

Esther DE FIGUEREIDO FERRAZ

José Frederico MARQUES

Guilherme Percival DE OLIVEIRA

Joao Bernardino GARCIA GONZAGA

Edgardo MAGALHAES NORONHA

Raúl Alfonso NOGUEIRA CHAVEZ

Manoel Pedro PIMENTEL

CENTROAMERICA

Presidente Profesor Guillermo PADILLA CASTRO

Manuel CASTRO RAMIREZ

Rafael CUEVAS DEL CID

Ramiro GRANERA PADILLA

José Enrique SILVA

Guillermo PADILLA CASTRO

José PINEDA GOMEZ

CHILE

Presidente Prof. Miguel SCHWEITZER

Alvaro BUNSTER BRICEÑO  
Juan BUSTOS RAMIREZ  
Tomás CHADWICK VALDES  
Luis COUSIÑO MAC IVER  
Alfredo ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY  
Manuel GUZMAN VIAL  
Eduardo NOVOA MONREAL  
Luis ORTIZ QUIROZ  
Sergio POLITOFF LIFSCHITZ  
Daniel SCHWEITZER SPEISKY  
Miguel SCHWEITZER SPEISKY  
Eduardo VARAS VIDELA  
Sergio YAÑEZ PEREZ  
Julio ZENTENO

COLOMBIA

Presidente Prof. Jorge E. GUTIERREZ ANZOLA

Antonio Vicente ARENAS  
Hernando BAQUERO BORDA  
Parmenio CARDENAS  
Jaime GIRALDO ANGEL  
Jorge E. GUTIERREZ ANZOLA  
Lisandro MARTINEZ ZUÑIGA  
Ricardo MEDINA MOYANO  
Alfonso REYES ECHANDIA  
Julio E. ROMERO SOTO  
Pedro Arturo SANABRIA  
Miguel SANCHEZ MENDEZ  
Miguel SORNOSA FALLA

ECUADOR

Presidente Prof. Jorge CORNEJO ROSALES

Alfredo BUENDIA  
Jorge CORNEJO ROSALES  
Enrique ECHEVERRIA  
Eduardo LUDENA  
César MUÑOZ  
Arturo DEL POZO  
Milton ROMAN  
Efraín TORRES

MEXICO

Presidente Prof. Dr. Luis GARRIDO

Raúl CARRANCA Y TRUJILLO  
Luis FERNANDEZ DOBLADO  
Ricardo FRANCO GUZMAN  
Luis GARRIDO  
Francisco GONZALEZ DE LA VEGA  
Desiderio GRAUE

MEXICO (Continuac.)

Mariano JIMENEZ HUERTA  
Francisco H. PAVON VASCONCELOS  
Javier PIÑA Y PALACIOS  
Celestino PORTE PETIT  
Alfonso QUIROZ CUARON  
Fausto SANCHEZ RUIZ

PERU

Presidente Prof. Luis A. BRAMONT ARIAS  
Juan Octavio ARCE MURUA  
Luis A. BRAMONT ARIAS  
Hyman Henry Anthony COOPER  
Domingo GARCIA RADA  
Raúl PEÑA CABRERA  
Luis E. ROY FREIRE  
Luis DEL VALLE RENDICH

VENEZUELA

Presidente Prof. José Rafael MENDOZA TROCORIS  
Hugo ARDILA BUSTAMANTE  
José Ramón BERRIZBEITIA  
Tulio CHIOSSONE  
José Ramón MEDINA  
José Agustín MENDEZ  
José Rafael MENDOZA T.  
Isidro DE MIGUEL  
José Miguel TAMAYO

## V. TEXTOS APROBADOS

### LA LEY PENAL

#### 1. Aplicación en el espacio.

Artículo 1º. La ley penal nacional se aplicará a los delitos cometidos en el territorio nacional y demás lugares sujetos a la jurisdicción del Estado.

Artículo 2º. Se aplicará también la ley nacional a los delitos cometidos en el extranjero que atentan contra la seguridad interior o exterior del Estado, la economía o la salud públicas.

Se le aplicará igualmente a los delitos cometidos en el extranjero contra la administración pública nacional por funcionarios al servicio de ella, sean o no nacionales.

Artículo 3º. La ley penal nacional se aplicará asimismo:

1º. A los delitos cometidos a bordo de naves o aeronaves nacionales, mercantes o privadas, que se encontraren en territorio extranjero, cuando no hubieren sido juzgados en el lugar de comisión;

2º. A los delitos cometidos por nacionales en el extranjero cuando, solicitada su extradición por otro Estado para juzgarlos, ella hubiere sido denegada en razón de la nacionalidad, y

3º. A los delitos cometidos en el extranjero por personas al servicio de la nación, cuando no hubieren sido juzgados en el lugar de comisión en virtud de inmunidad diplomática o funcional.

Artículo 4º. Se aplicará también la ley penal nacional a los delitos que, de conformidad con las convenciones internacionales o los principios de Derecho Internacional, cayeren bajo el imperio de la ley nacional por razón diversa de las señaladas en los artículos anteriores. Se dará preferencia, empero, a la pretensión del Estado en cuyo territorio se hubieren cometido dichos delitos, si éste reclamar el juzgamiento antes de que se inicie el ejercicio de la acción penal en contra del imputado.

En los casos señalados en el artículo 3º se aplicará la ley vigente en el lugar de comisión del hecho, si sus disposiciones son más favorables al imputado que las de la ley nacional. La misma regla se aplicará, si fuere procedente, en el caso del inciso anterior.

Artículo 5°. No tendrán el valor de cosa juzgada ante la ley nacional las sentencias penales extranjeras que se pronuncian sobre los delitos señalados en los artículos 1° y 2°. Sin embargo, la pena o la parte de ella que el reo hubiere cumplido en virtud de tales sentencias, se computará en la que se impusiere conforme con la ley nacional, si ambas son de similar naturaleza y, si no lo son, se atenuará prudencialmente la pena.

Artículo 6°. En cualquier otro caso, la sentencia penal extranjera absolutoria tendrá valor de cosa juzgada para todos los efectos legales. La sentencia condenatoria lo tendrá para determinar la calidad de reincidente o delincuente habitual del reo, y para los efectos civiles de la sentencia, que se regirán por la ley nacional.

## 2. Aplicación en el tiempo.

Artículo 7°. Los delitos se juzgarán de conformidad con las leyes vigentes en la época de su comisión.

Artículo 8°. Si con posterioridad a la comisión de un delito se promulgare una nueva ley, aquél será regido por la ley cuya aplicación sea más favorable al reo en el caso particular que se juzgue. Pero no se podrá recurrir a leyes correspondientes a diversas épocas para lograr con su aplicación conjunta una regla más favorable al reo.

Artículo 9°. Si la promulgación de la nueva ley cuya aplicación resulta más favorable al reo se produjere antes del término de la condena, deberá el tribunal competente modificar la sentencia de acuerdo con las disposiciones de la nueva ley.

Artículo 10. Los hechos realizados durante la vigencia de una ley destinada a regir temporalmente, se juzgarán siempre de conformidad con los términos de ésta.

## 3. Aplicación a las personas.

Artículo 11. La ley nacional se aplicará sin distinción de personas, con excepción de:

1° Los Jefes de Estado extranjeros que se encuentren en el territorio nacional y los agentes diplomáticos de otros Estados y demás personas que gocen de inmunidad penal, según el Derecho Internacional;

2° Las personas que conforme a la Constitución Política del Estado tienen inviolabilidad en determinadas materias, sólo en lo que a éstas concierna.



## EL HECHO PUNIBLE

## Sección I

Tiempo, lugar y forma del hecho punible.

Artículo El hecho se considera realizado en el momento de la acción u omisión, aun cuando sea otro el momento del resultado.

Artículo El hecho se considera cometido:

- a) En el lugar en que se desarrolló, en todo o en parte, la actividad delictuosa de autores o partícipes;
- b) En el lugar en que se produjo o debió producirse el resultado.

En los delitos omisivos, el hecho se considera realizado donde hubiere tenido lugar la acción omitida.

Artículo El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión

Cuando la ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlo.

## CAUSAS DE JUSTIFICACION

## Cumplimiento de la ley

Artículo 1º No comete delito el que obrare en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho.

## Estado de necesidad

Artículo 2º No comete delito el que, ante una situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro, para evitar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- a) que el peligro sea actual o inminente;
- b) que no lo haya provocado voluntariamente;
- c) que no sea evitable de otra manera.

Si el titular del bien que se trata de salvar, tiene el deber jurídico de afrontar el riesgo, no se aplicará lo dispuesto en este artículo.

### Legítima defensa

Artículo 3° No comete delito el que obra en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

a) Agresión legítima; y

b) Necesidad razonable de la defensa empleada para impedir la o repelerla.

Artículo 4° Si en los casos de los artículos anteriores el agente ha incurrido en exceso el hecho no queda justificado, pero el juez deberá atenuar la pena en conformidad al artículo ...

No es punible el exceso proveniente de una excitación o turbación que las circunstancias hicieran excusable.

### IMPUTABILIDAD

Artículo X. No es imputable quien, en el momento de la acción u omisión, no posea, a causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado o de grave perturbación de la conciencia, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

Artículo XX. Cuando el agente haya provocado la grave perturbación de la conciencia a que se refiere el artículo anterior, responderá del hecho cometido por el dolo o culpa en que se hallare, respecto de aquél, en el momento de colocarse en tal estado.

.....  
 .....  
Artículo XXX. Se aplicarán las disposiciones de los artículos X o X al agente que, por efecto de las causas a que se refiere el artículo (anteprecedente), no poseía plenamente en el momento de la acción u omisión la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

.....  
 .....  
Artículo XXXX. No es punible el que no tuviera en el momento del hecho la edad señalada en la ley de cada país.

## CULPABILIDAD

Artículo "A". Nadie puede ser penado por un hecho legalmente descrito si no lo ha realizado con dolo, salvo los casos de realización por culpa expresamente previstos por la ley.

Artículo "B". Obra con dolo quien quiere la realización del hecho legalmente descrito, así como quien la acepta, previniéndola a lo menos como posible.

Artículo "C". Obra con culpa quien realiza el hecho legalmente descrito por inobservancia del deber de cuidado que le incumbe de acuerdo con las circunstancias y sus condiciones personales y, en el caso de representárselo como posible, se conduce en la confianza de que no ocurrirá.

Artículo "D". No es punible quien, al realizar el hecho, incurre en error sobre algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista según su descripción legal.

No obstante, si el error proviene de culpa, el hecho se sancionará sólo cuando la ley señale pena para su realización a tal título.

Las mismas reglas se aplicarán respecto de quien supone erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho realizado.

Artículo "E". No es punible el que por error invencible cree que el hecho que realiza no está sujeto a pena.

Si el error no fuere invencible, la pena prevista para el hecho podrá ser atenuada conforme al artículo ...

Artículo "E bis". Si el hecho realizado fuere distinto del que se hubiere propuesto el agente, se impondrá a éste la pena correspondiente al menos grave.

Artículo "F". No es culpable quien realiza un hecho no justificado para impedir un mal actual o inminente y no evitable de otro modo, a menos que aquél se estime razonablemente excesivo en relación con éste.

Artículo "G". No es culpable quien obra bajo coacción o amenaza de un mal actual y grave, sea o no provocada por la acción de un tercero, cuando razonablemente no pueda exigírsele una conducta diversa.

Artículo "H". Si la ley señalare pena más grave por una consecuencia especial del hecho, se aplicará sólo al autor o partícipe que haya actuado, a lo menos culposamente respecto de ella.

## AUTORES Y PARTICIPES

## Autores y coautores

El que realizare por sí o sirviéndose de otro el hecho legalmente descrito, y los que lo realizaren conjuntamente, serán reprimidos con la pena establecida para el delito.

## Instigador

Con la misma pena será reprimido el que hubiere determinado a otro a realizar el hecho.

## Cómplice primario

Al que prestase al autor o autores un auxilio de tal modo necesario, que sin él no hubiera podido cometerse el delito, será reprimido también con la pena establecida para el delito.

## Cómplice secundario

El que auxilia de cualquier otro modo a la realización del hecho, aun mediante promesa de ayuda posterior a la consumación de aquél, será reprimido con la pena del delito disminuida conforme a lo dispuesto por el artículo ...

Conienzo y alcance de la  
responsabilidad de los partícipes.

Los partícipes serán punibles desde el momento en que el hecho haya sido iniciado, según lo establecido en el artículo ....., y cada uno responderá en la medida de su propia culpabilidad.

Si el hecho fuere más grave del que quisiera realizar, responderá por aquél quienes lo hubieren aceptado como una consecuencia probable de la acción emprendida.

## Comunicabilidad de las circunstancias.

.....  
.....  
..... (Reenviado)

La reincidencia, habitualidad y profesionalidad.

Artículo X. .....  
.....  
.....(Reenviado, concepto reincidencia).

Artículo XX. A los efectos del artículo anterior quedan excluidos:

a) Los delitos políticos o exclusivamente militares; y

b) La sentencia condenatoria firme dictada en el extranjero en los casos previstos por el artículo 5 y cuando el hecho que motivó dicha sentencia no fuere delito según la ley nacional.

Artículo XXX. .....

.....

.....(Reenviado, prescripción reincidencia).

Artículo XXXX. .....

.....

..... (Reenviado, Habitualidad).

#### TENTATIVA

I. Cuando se inicia la ejecución de un delito por actos directamente encaminados a su consumación y ésta no se produce por causas independientes del agente, la pena establecida para el hecho será atenuada según lo determinado por el artículo X.

II. El agente que, voluntariamente, desiste de la ejecución del delito o impide que el resultado se produzca, sólo responde por los hechos ya realizados.

III. No se aplicará la pena correspondiente a la Tentativa cuando fuere absolutamente imposible la consumación del delito.

#### PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

##### Clases de penas

Las penas que este Código establece son:

Principales: prisión y multa.

Accesorias: inhabilitación absoluta o inhabilitación especial.

.....

...(Reenviado. Inciso referente a la pena de inhabi-

litación como principal).

### Prisión

La pena de prisión consiste en la privación temporal de la libertad y se cumplirá en los lugares que la ley determine, procurando ejercer sobre el condenado una acción readaptadora.

El límite máximo es de veinticinco años.

### Multa

La multa obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero, que será fijada en días de multa.

El importe del día multa se determinará de acuerdo con la situación económica del condenado, atendidos especialmente su caudal, rentas, medios de subsistencia, nivel de gastos y otros elementos de juicio que el juez considere apropiados.

Si el condenado viviere exclusivamente del producto de su trabajo, el día multa no podrá ser inferior de su entrada diaria ni exceder el tanto de ella.

El límite máximo de la multa es de 500 días.

### Ejecución de la multa

Al imponer la multa o por resolución posterior, el juez podrá, atendida la situación económica del condenado, acordar un plazo o autorizar el pago en cuotas, garantizando con cauciones reales o personales. El juez tendrá facultad para prescindir prudencialmente de éstas.

Estos beneficios pueden ser revocados por incumplimiento en el pago o cuando mejore sensiblemente la condición económica del condenado.

### Amortización de la multa

Podrá autorizarse al condenado la amortización de la multa mediante trabajo libre sin remuneración, a favor de la Administración Pública. Las autoridades competentes determinarán los trabajos computables para estos efectos.

Un día de trabajo equivale a un día de multa.

### Conversión de la multa

Si el condenado no pagare la multa, ésta se convertirá a razón de un día de prisión por un día de multa, sin perjuicio de la facultad del Estado de ejecutarla en los bienes de aquél; en este caso, la prisión no excederá de un año.

El condenado podrá en cualquier tiempo, pagar la multa, descontándose de ella la parte proporcional a la pri-

sión cumplida.

Cuando la ley aplique conjuntamente las penas de multa y prisión, y corresponde convertir aquella, se adicionará a la prisión impuesta la de multa convertida.

#### Inhabilitación absoluta

La inhabilitación absoluta comprende:

1° La pérdida del empleo o cargo público que ejerce el condenado, inclusive los de elección popular;

2° La incapacidad para obtener comisiones, cargos o empleos públicos;

3° La pérdida del derecho de votar, de ser elegido, o de formar parte de asociación política; y

4° La incapacidad de ejercer la patria potestad, tutela o curaduría.